Die Gesellschaftsschulden nach BGB. und Handelsrecht

Eine kurze Zusammen- und Gegenüberstellung.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Richard Kohn

aus Nürnberg,

Rechtsanwalt in München.

ACAD. LIBLIOTH. BERL.

Approbiert am 20. Juni 1907.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

24

Referent: Univ.-Professor Dr. **Binder.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Begriff der Gesellschaft, insbesondere des Gesellschaftsvermögens 3

Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftsschulden 5

Begriff der Gesellschaftsschulden.

1. Nach bürgerlichem Recht 7

§ 736 ZPO. 8

§ 733 BGB. 14

Ergebnis der Erörterung über § 736 ZPO. und § 733 BGB. 17

2. Nach Handelsrecht.

Offene Handelsgesellschaft 20

Materiellrechtliche Behandlung der Gesellschaftsschulden.

1. Nach bürgerlichem Recht 25

Haftung für die Gesellschaftsschulden 25

Die Aufrechnung 34

2. Nach Handelsrecht 36

Haftung für Gesellschaftsschulden 36

Die Aufrechnung 42

Die prozeßrechtliche Behandlung der Gesellschaftsschuld.

1. Die Gesellschaft nach BGB. 45

Klage, Einwendungen und Urteil 45

Zwangsvollstreckung 49

2. Nach Handelsrecht 50

Klage, Einwendungen und Urteil bei Schulden der offenen Handelsgesellschaft 50

Zwangsvollstreckung 54

Seite

Die Gesellschaftsschuld im Fall des Konkurses.
1. Nach dem Recht des BGB. 55
2. Im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. 58
Die Veränderungen im Mitgliederbestand der Gesellschaft.
1. Die Gesellschaft nach BGB. 61
2. Die offene Handelsgesellschaft. 64

Literaturverzeichnis.

Adler, Karl, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.

Affolter, Rechtliche Statur der offenen Handelsgesellschaft. Im Arch. f. bürgerl. Recht von Kohler und Ring Bd. 5.

Arend, Max, Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Leipzig 1904.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts.

Crome, System des bürgerlichen Rechts.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und von Preußen.

Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei. In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 32.

Ehrenberg, Gesellschaftsvertrag. Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Fischer-Henle, BGB. Handausgabe mit Anm.

Freudenthal, Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz.

Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich.

Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht. In Festgabe f. H. Dernburg. Berlin 1900.

Heller, Friedrich, Grundzüge des Gesellschaftsrechts. Diss. Erlangen 1898.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. In Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß von O. Fischer Bd. 5. Jena 1900.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung.
Jaeger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.
Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 41.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft. In Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß von O. Fischer. Bd. 7. Jena 1901.
Kohler, Leitfaden des Konkursrechts.
Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 30 u. 31.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Müller, Die Gesellschaft. In Blätter f. Rechtsanwendung Bd. 43.
Müller, Oskar, Die Haftung der Gesellschafter nach BGB. Diss. Leipzig 1903.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
Seuffert, L., Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Seuffert, L., Deutsches Konkursprozeßrecht.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
v. Staudingers Kommentar zum BGB.
Thöl, Das Handelsrecht.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses.
Weiland, Heinrich, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschuld. Diss. Würzburg 1902.
Wildt, Joseph, Verhältnis der Gesellschaftsschulden zu den Privatschulden eines Gesellschafters nach BGB. Diss. Freiburg i. B. 1900.
Witte, Kurt, Die Aufrechnung im Recht der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Greifswald 1899.
Windscheid, (Kipp-Windscheid) Lehrbuch des Pandektenrechts.
Wolff, Kommentar zur Konkursordnung.

Denkschrift zum Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Hahns Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 2, 6 und 8.

Juristische Wochenschrift.
Motive zum Entwurf des BGB.
Protokolle der 2. Kommission für den Entwurf eines BGB.

Entscheidungen des Reichsgerichtes.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0017

Einleitung.

Mit vereinten Kräften! Was der einzelne nicht vermag, das glückt im Bund mit andern. Diese „Weisheit", der man in der politischen Geschichte der neueren Zeit immer und immer begegnet, hat in wirtschaftlichen Dingen schon seit den ältesten Kulturvölkern Eingang gefunden. Diesem Gedanken verdankt auch die Gesellschaft ihre Entstehung. Schon die Römer kannten die Gesellschaftsform und bildeten sie vielfach aus; aber wohl zu keiner Zeit haben die wirtschaftlichen Gesellschaften diese weittragende Bedeutung gewonnen, als zur Jetztzeit, der Zeit der Kartelle und Trusts.

Dieser Zug unserer Zeit hat natürgemäß zur Folge gehabt, daß das neuere Recht die Gesellschaftsformen immer weiter ausgebildet und eine große Zahl wirtschaftlicher Gesellschaften geschaffen hat.

Betrachten wir nur das deutsche Reichsrecht, so unterscheiden wir vor allem die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und die Gesellschaften des Handelsrechts. Erstere trennen sich in die Vereine und Gesellschaften, im engern Sinne letztere wieder in die Gesellschaften, die im Handelsgesetzbuch geordnet sind (die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die stille Gesellschaft,[1]) und die, welche die Materie eigener Reichsgesetze bilden:

[1]) Die stille Gesellschaft ist eigentlich eine Gesellschaft des bürgerl. Rechts trotz ihrer Behandlung im HGB.

Die Genossenschaften (Gesetz vom 1. 5. 1899).

Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gesetz vom 20. 4. 1892).

Die privaten Versicherungsgesellschaften (Gesetz vom 12. 5. 1901).

Der rechtsfähige Verein, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Genossenschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Versicherungsgesellschaft sind Gesellschaften im spezifisch juristischen Sinne nicht; sie bilden vielmehr eine eigene Rechtspersönlichkeit, sie sind juristische Personen.

Die Schulden dieser aufgezählten Gesellschaften bieten zu einer besonderen Darstellung nicht genügend Anlaß. Sie scheiden daher bei der weiteren Besprechung aus.

Das Thema beschränkt sich somit auf die Schulden derjenigen Gesellschaften, welche eine eigene Rechtspersönlichkeit nicht bilden:

1. Auf die Gesellschaft nach BGB. § 705.

2. Die offene Handelsgesellschaft und deren Abzweigung, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft.

Auch hier ist zur Darstellung, um Wiederholungen zu vermeiden, immer nur die offene Handelsgesellschaft herangezogen.

Diese spielt als die häufigst vorkommende Verbindung mehrerer Personen zur Betreibung eines Handelsgewerbes im Leben eine ungeheure Rolle. Neben ihr hat die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nicht diese weittragende Bedeutung. Doch begegnet man ihr jetzt vielfach im Handelsverkehr als Gelgenheitsgesellschaft unter den verschiedensten Namen. Die Kontometagesellschaft, die Konsortien zur Übernahme von Wertpapieren oder zu deren Emission, die mannigfachen Syndikate sind regelmäßig Gesellschaften nach § 705 BGB.

Begriff der Gesellschaft, insbesondere des Gesellschaftsvermögens.

Da hier lediglich das Thema „Gesellschaftsschulden" zur Behandlung steht, ist kein Raum, auf das Wesen der Gesellschaft des näheren einzugehen. Es sei nur im kurzen darauf hingewiesen. Der grundlegende Paragraph ist 705 BGB.

Er lautet:

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere Beiträge zu leisten."

Die Grundlagen sind somit ein gültiger Vertrag, und zwar ein gegenseitiger Vertrag, Erreichung eines gemeinsamen Zweckes (wenigstens Streben danach) und endlich gemeinschaftliche Förderung dieses Zweckes. Diese Förderung soll regelmäßig durch Beiträge geschehen, die allerdings nicht lediglich in Geldbeträgen, nicht einmal in Sachen zu bestehen brauchen, sondern auch Rechte oder Dienste sein können.

Jedes Rechtsverhältnis, das auf diesen Grundlagen aufgebaut ist, ist eine Gesellschaft. Die Gesellschaft kennt zum Unterschied vom Verein das Prinzip der Individualität der Mitglieder und läßt regelmäßig einen Wechsel derselben nicht zu.

Neben der Ausgestaltung der Stellvertretung im neuen Recht wird die Gesellschaftsform hauptsächlich durch die Absonderung eines Teiles des Vermögens der Gesellschafter von ihrem übrigen Vermögen gekennzeichnet. Dieser Teil, der auf Grund des Gesellschaftsvertrags für den Gesellschaftszweck gebunden ist, und von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter getrennt erscheint, ist das Gesellschaftsvermögen.

Dieses gehört den Gesellschaftern, ihrer Gesamtheit, aber keiner von ihnen hat an ihm, solange wenigstens die Gesellschaft besteht, einen bestimmten in Bruchteilen auszudrückenden Teil. Kein Gegenstand, kein irgendwie geartetes Recht, das zum Gesellschaftsvermögen gehört, ist im Eigentum eines einzelnen Gesellschafters.

Trotzdem dieses deutschrechtliche Prinzip der Gesamthand im Bügerlichen Gesetzbuche vollständig zur Durchführung gelangt ist, ist damit der Streit über die Konstruktion des Gesellschaftsvermögens der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft keineswegs verstummt. Hier sei lediglich auf die sich bekämpfenden verschiedenen Theorien hingewiesen. Die Theorie der geteilten Mitberechtigung, hauptsächlich von Binder und Jörges, aber auch von Dernburg vertreten, nimmt auch beim Gesamthandverhältnis quotenmäßige Anteilsrechte an, die der ungeteilten Mitberechtigung, die ihre Vertreter vor allem in Gierke, dann auch in Crome, Planck, Staub und Knoke gefunden hat, kennt nur eine gesamthänderische, ungeteilte Berechtigung aller Genossen, endlich eine dritte Anschauung, von Sohm verfochten, nimmt Anteile kraft Personenrechts an. Eine eingehende Besprechung war hier nicht veranlaßt, es sollte nur auf die verschiedenen Auffassungen hingewiesen sein.[1])

Das Gesellschaftsvermögen setzt sich zusammen aus den Beiträgen der Gesellschafter,[2]) aus dem durch die Geschäftsführung Erworbenen und dem Surrogationserwerb.

---

[1]) Dertmann S. 759 bringt eine übersichtliche Darlegung dieser Theorien.

[2]) Diese Beiträge müssen der Gesellschaft natürlich nicht nur quoad usum zur Verfügung gestellt sein (§ 706 Abs. 2 BGB.).

Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftsschulden.

Was bisher als Teile eines Gesellschaftsvermögens aufgezählt ist, ist nur aktives Vermögen. Solchen Aktien pflegen regelmäßig Verbindlichkeiten entgegenzustehen; das Vermögen bedeutet wohl im allgemeinen die Summe der Rechte und Verbindlichkeiten. Bei der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuche gehört die Frage: Sind auch Schulden Bestandteile des Gesellschaftsvermögens zu der umstrittensten. Es tritt eine ganze Anzahl von Schriftstellern auf, die mit guten Argumenten den Begriff von Gesellschaftsschulden bestreiten. Es seien hier Hellwig,[1]) Kipp-Windscheid,[2]) Binder,[3]) früher auch Schollmeyer[4]) nur erwähnt. Diese Schriftsteller, vor allem Binder, berufen sich bei ihrer Stellungnahme darauf, daß §§ 718 ff. immer nur von Rechten, nicht aber von Verbindlichkeiten sprechen; §§ 730 u. 738 geben Binder weiter die Möglichkeit, das Wort Gesellschaftsvermögen als Aktivum darzustellen, aus dem die Schulden getilgt werden. Schließlich findet er noch in den Protokollen[5]) Hilfe, da es dort heißt: „Das ganze Gesellschaftsvermögen ist zur Deckung der Lasten und Schulden der Gesellschaft gebunden."

Trotz dieser bestechenden Argumente ist nicht zu leugnen, Gesellschaftsschulden d. h. Passivbestandteile kennt auch das Gesellschaftsvermögen. Staudinger behauptet mit Recht, das folge schon aus der allgemeinen Natur eines Vermögensinbegriffes; einen indirekten Beweis bieten die Worte des § 719

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 203.

[2]) S. 738 Nr. 6.

[3]) Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 16.

[4]) Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 72, jetzt aufgegeben.

[5]) Prot. II S. 429.

Abs. 2: „Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen." Diese Worte lassen deutlich erkennen, daß im Unterschied einer gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung Forderungen gegen die „Gesellschaft" gemeint sind.

Bei der Auseinandersetzung sind die „gemeinschaftlichen Schulden" zu berücksichtigen, die Darlegung zu § 733 wird zeigen, daß damit nur „Gesellschaftsschulden" gemeint sein können.[1]) Eine andere Auffassung führt zu den sonderbarsten Konsequenzen.

Trotz der Haftung der Gesellschafter kann man, soweit auch eine Haftung des Gesellschaftsvermögens in Frage kommt, nicht im Zeifel sein, das Gesellschaftsvermögen umfaßt auch Passivbestandteile. Freilich kommt den „Gesellschaftsschulden" im internen Verhältnis erst bei der Auseinandersetzung eine Bedeutung bei, wie sich ebenfalls aus § 733 BGB. ergibt. Die große Mehrzahl der Schriftsteller erkennt auch grundsätzlich die Gesellschaftsschuld an.[2]) Das Gesetz selbst spricht niemals von dem hier immer gebrauchten Ausdrucke „Gesellschaftsschulden", es wendet einen ziemlich nichtssagenden Namen, „gemeinschaftliche" Schulden an.

Bei der offenen Handelsgesellschaft kann man die Passivbestandteile des Gesellschaftsvermögens zweifellos „Gesellschaftsschulden" nennen. Diese tritt selbständig in den Rechtsverkehr, kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 124 HGB.), die Schulden können wenigstens gegen die offene Handelsgesellschaft als solche geltend gemacht werden.

---

[1]) Oertmann S. 781 unten.

[2]) Knoke S. 79; Matthiaß S. 628ff.; Staudinger S. 628; Schollmeyer S. 152; Crome S. 282 II, 1 u. 2; Dernburg II, 2 S. 547.

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sind mit dem Ausdruck „Gesellschaftsschulden" wieder einer neuen Streitfrage die Wege geöffnet. Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches besitzt nicht die Selbständigkeit der handelsrechtlichen Gesellschaften, eine von den zur Gesellschaft vereinigten Genossen verschiedene Persönlichkeit „Gesellschaft" gibt es nicht. Die spätere Erörterung über die Geltendmachung der Gesellschaftsschulden im Prozeß wird dies besonders deutlich zeigen. Diese Passivbestandteile müssen korrekterweise, weil sie sich gegen alle Gesellschafter vor allem in dieser Eigenschaft richten, Gesellschafterschulden heißen. Trotz dieser Inkorrektheit ist im weiteren Verlauf der Abhandlung der Einfachheit halber immer der namentlich in der Praxis gebräuchliche Ausdruck „Gesellschaftsschulden" beibehalten.

Begriff der Gesellschaftsschuld.

1. Nach bürgerlichem Recht.

Als Kennzeichen der Gesellschaft haben wir ein vom übrigen Vermögen der Gesellschafter gesondertes Gesellschaftsvermögen bezeichnet. Wir haben es demgemäß bei der Gesellschaft mit zwei Vermögenskomplexen zu tun: dem Gesellschaftsvermögen und dem freien Vermögen derjenigen Personen, welche die Gesellschaft bilden, ihrem Privatvermögen. Den Aktiven der beiden Vermögenskomplexe stehen regelmäßig Verbindlichkeiten gegenüber; wir sprechen daher von den Privatschulden der Gesellschafter und von den Gesellschaftsschulden.

Diese Teilung gibt Anlaß zur Frage: was sind Gesellschaftsschulden, was sind Privatschulden und wie unterscheiden

sie sich voneinander? Die Gegenüberstellung führt aber von selbst zur Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschulden.

Erste Voraussetzung einer Schuld als Gesellschaftsschuld muß sein, daß für sie das Gesellschaftsvermögen allein oder mit einem andern Vermögen haftet, während die Berichtigung der Privatschuld aus dem Privatvermögen der Gesellschafter gefordert werden muß.

Um eine Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschulden zu geben, muß man daher auf die Normen über Haftung des Gesellschaftsvermögens zurückgehen. Als grundlegende Bestimmungen finden sich nun § 736 ZPO. und § 733 BGB

§ 736 ZPO.

„Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des BGB. eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich."

Der Paragraph behandelt vor allem, wie seine Stellung in der Zivilprozeßordnung beweist, den formellen Teil. Er gibt an, welches die Voraussetzung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist. Er verlangt hierfür einen Titel gegen die Gesellschafter, und zwar einen Titel gegen sämtliche Gesellschafter. Aus ihm geht somit in negativer Weise hervor, daß ein Titel gegen die Gesellschaft zur Zwangsvollstreckung nicht genügend wäre.[1])

Mit dieser formellen Bedeutung ist § 736 der ZPO. in seinem ganzen Wesen noch nicht erschöpft; er greift, trotzdem er in der Zivilprozeßordnung enthalten ist, in das materielle Recht über. Im Bürgerlichen Gesetzbuch existiert keine Be-

[1]) Über die Parteifähigkeit und Möglichkeit, die Gesellschaft als solche zu verklagen, ist in dem Abschnitt über die prozeßrechtliche Behandlung der Gesellschaftsschulden das Nähere ausgeführt.

stimmung, welche die materiellrechtliche Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen enthält.

§ 733 des BGB., dessen Bedeutung für die Begriffsbestimmung für die Gesellschaftsschulden im nächsten Abschnitt behandelt werden soll, kann nicht allgemein hierfür in Anspruch genommen werden. Die Fassung und Stellung dieses Paragraphen läßt einen Zweifel nicht aufkommen, daß er nur für das interne Verhältnis der Gesellschafter, d. h. das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, Bedeutung haben soll. § 733 stellt lediglich eine Spezialbestimmung für die Auseinandersetzung dar. Wir müssen uns deswegen wegen der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die Zeit vor der Auseinandersetzung und Dritten gegenüber an den in der Zivilprozeßordnung gegebenen Paragraphen halten, der einzige, der sich überhaupt mit der Berichtigung der Gesellschaftsschulden bezw. mit der Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen befaßt. Aus § 736 der ZPO. ergibt sich als materiellrechtliche Voraussetzung, daß *ein* gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil zur Zwangsvollstreckung des Gesellschaftsvermögens notwendig ist. Die Gesellschaftsschuld muß daher Gesamtschuld der Gesellschafter sein; denn nur in diesem Fall ist *ein* gegen alle Gesellschafter gerichtetes Urteil vorhanden. Bei einer Teilschuld hat der Gläubiger eine Reihe von Einzelforderungen gegen die Gesellschafter; die Gesellschafter sind im Prozeß voneinander unabhängige Streitgenossen (§ 59 ZPO.). Die Urteile haben nichts miteinander gemein und stellen, selbst in *einer* Urkunde gegeben, nicht *ein* gegen die sämtlichen Gesellschafter ergangenes Urteil, sondern nur die äußerliche Zusammenfassung mehrerer Urteile dar.

„Gesamtschuld" ist aber auch die einzige Voraussetzung; die Entstehung der Gesamtschuld ist gleichgültig. Da bei jeder Gesamtschuld ein gegen alle Gesellschafter gerichteter Titel erworben werden kann, ist es nicht notwendig, daß die

Gesamtschuld im Zusammenhang mit der Gesellschaftssphäre steht. Sie kann auch eine außerhalb der Gesellschaft liegende Verbindlichkeit sämtlicher Gesellschafter sein.[1])

Cosack[2]) will die der Gesellschaftssphäre nicht angehörenden Verbindlichkeiten vom Gesellschaftsvermögen fernhalten und sucht den § 736 ZPO. einengend zu interpretieren. Er klammert sich an das Wort Gesellschafter in diesem Paragraphen und sieht als Voraussetzung zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nur einen gegen die Gesellschafter als solche, d. h. in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter gerichteten Titel an. Diese Interpretation ist unhaltbar. Aus den Worten der Zivilprozeßordnung läßt sie sich nicht ableiten und steht mit der eben angeführten Begründung zur Zivilprozeßnovelle im direkten Widerspruch.

Gegenüber der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung des § 736 des BGB. muß selbstverständlich daran festgehalten werden, daß das Gesellschaftsvermögen auch für Schulden haftet, die nicht im Betrieb der Gesellschaft entstanden sind, wenn man dies auch im Interesse des einmal aufgestellten Prinzips „der Gesamthand" vermieden sehen möchte.

Gesellschaftsschulden sind somit auch Gesamtschulden der Gesellschafter ohne Rücksicht, ob sie mit der Gesellschaftssphäre im Zusammenhang stehen oder nicht.

Dieser Standpunkt des Gesetzes ist zweifellos auffallend, denn er verläßt das im allgemeinen gewahrte Prinzip, daß das Gesellschaftsvermögen nur für den Zweck der Gesellschaft vorhanden ist. Die Protokolle zur Entwicklung eines Bürger-

---

[1]) Materialien z. ZPO. S. 210 zu § 670. „Die Vorschrift gilt auch wegen jeder Verbindlichkeit, für welche die Gesellschafter, sei es vermöge eines Rechtsgeschäftes, sei es aus anderen Gründen, als Gesamtschuldner haften."

[2]) Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 372.

lichen Gesetzbuches [1]) lassen sich darüber vernehmen wie folgt: „Bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts könne man dem Gesellschaftsvermögen keine so weitgehende Selbständigkeit beilegen, daß es nur für die der Gesellschaftslehre angehörenden Verbindlichkeiten hafte; denn in diesem Fall sei der Gläubiger gezwungen, bei seiner Zwangsvollstreckung in dasselbe den Nachweis zu erbringen, daß die von ihm geltend gemachten Forderungen im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft entstanden seien. Ein derartiger Nachweis bedeute aber für den Gläubiger eine schwere Schädigung, weil die interne Gesellschaft für den Schuldner überhaupt nicht nach außen auftrete und er somit nicht wissen könne, ob seine Forderungen im Geschäftsbetrieb entstanden seien."

Eigentlich sollte man meinen, daß diese Unbequemlichkeit nicht so schlimm gewesen wäre, daß man einen Widerspruch in das ganze System, auf dem der Aufbau der Gesellschaft beruht, hineingetragen hätte. Der Gläubiger könnte sich ja bei abstrakten Schuldverpflichtungen den Nachweis, daß seine Forderungen in dem Bereich der Gesellschaft fallen, durch einen entsprechenden Zusatz sichern. Es würde also nur bei Versäumung der Anbringung dieser Klausel die vom Gesetzgeber in dem Protokoll erwähnte Schädigung des Gläubigers eintreten.

Wegen dieser, wirtschaftlich nicht zu hoch anzuschlagenden möglichen Benachteiligung der Gläubiger hat man in das ganze Gesellschaftsrecht eine Bresche geschlagen.

Das weitere Argument, das der Gesetzgeber zur Begründung seiner Fassung des § 736 ZPO. anführt, ist, wie Knoke [2]) bereits ausführlich dargestellt hat, ebenfalls anfechtbar.

---

[1]) Prot. II S. 435 Abs. 2.

[2]) Knoke S. 83.

Der Gesetzgeber behauptet nämlich, „eine Unterscheidung zwischen den gewöhnlichen Schulden der Gesellschafter und der eigentlichen Gesellschaftsschuld könne nicht erfolgen, weil die Zivilprozeßordnung für diese Unterscheidung keine Form zur Verfügung stelle". Knoke führt dagegen aus, daß das Urteil auch dann zwischen Gesellschafts- und Privatschulden unterscheiden müsse, wenn etwa ein Gesellschafter nicht mit seinem Privatvermögen hafte.

Sogar eine direkt fehlerhafte Begründung ist in den Protokollen vorgekommen. Dort heißt es, „selbst, wenn man die der Gesellschaftssphäre nicht angehörenden Rechtsansprüche von der unmittelbaren Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen ausschließe — also die Zwangsvollstreckung nur auf Grund einer Gesellschaftsschuld im eigentlichen Sinne des Wortes zulasse —, der Gläubiger doch auf indirektem Wege durch Pfändung der Gesellschaftsanteile gemäß § 726 des BGB. dasselbe Resultat erreiche. Hierbei ist vor allem übersehen, daß bei der Auseinandersetzung, die durch Pfändung der Gesellschaftsanteile bewirkt werden kann, nach § 733 des BGB. zunächst die Gesellschaftsgläubiger befriedigt werden, das sind aber Gläubiger, deren Forderungen in die Gesellschaftssphäre gehören. Erst nach Begleichung dieser Forderung kann der die Auseinandersetzung herbeiführende Gläubiger eines Gesellschafters sich an den Überschuß halten. Allerdings ist die Art der Auseinandersetzung insofern Sache der Gesellschafter, als die Gesellschafter eine vom § 733 BGB. abweichende Auseinandersetzung beschließen können. Doch können sie dazu von niemandem gezwungen werden, auch nicht von dem betreibenden Privatgläubiger.

Ein weiterer, noch schwerer wiegender Fehler ist bei der Begründung, daß das Gesellschaftsvermögen nicht absolut für den Gesellschaftszweck gebunden sei, mit unterlaufen.

Es heißt dort:

Die Bindung des Gesellschaftsvermögens für den Gesellschaftszweck sei keine absolute, weil die Gesellschafter durch Willensübereinstimmung Bestandteile des Gesellschaftsvermögens zu außergesellschaftlichen Zwecken verwerten könnten. Ebenso wie die Gesellschafter selbst in der Lage seien, das Gesellschaftsvermögen seiner Zweckwidmung entgegen zu nichtgesellschaftlichen Zwecken zu verwenden, müsse auch dem außergesellschaftlichen Gläubiger das Recht gegeben werden, das Gesellschaftsvermögen für nichtgesellschaftliche Forderungen in Anspruch zu nehmen, da die in Frage stehende Willensübereinstimmung von dem Gläubiger durch ein gegen alle Genossen erzieltes Urteil ersetzt werde.

Diese ganze Erwägung ist ohne Bedeutung, da sie auf einem schweren Übersehen aufgebaut ist. Eine Willenserklärung kann nur dann durch Urteil ersetzt werden, wenn eine Verpflichtung zur Abgabe dieser Willenserklärung vorlag. Diese Erwägung setzt somit eine Verpflichtung der Gesellschafter, auch für die nicht der Gesellschaft angehörenden Schulden, das Gesellschaftsvermögen haften zu lassen, voraus. Das aber ist die bestrittene Frage, ob das Gesellschaftsvermögen für solche Schulden haften müsse. Wird dies nun vorausgesetzt, so ist mit dem zu Beweisenden bewiesen.

Noch eine weitere Schlußfolgerung läßt § 736 ZPO. zu. Nur ein Dritter, also ein Nichtgesellschafter, kann sich ein nach § 736 ZPO. genügendes Urteil verschaffen. Wie sollte ein Gesellschafter, dem eine Forderung gegen das Gesellschaftsvermögen zusteht, ein Urteil gegen alle Gesellschafter erreichen? Klagt er gegen die übrigen Gesellschafter, so genügt dieses Urteil zur Zwangsvollstreckung nicht; denn der klagende Gesellschafter ist auch Mitglied der Gesellschaft, gegen ihn fehlt der Titel. Er kann sich nicht selbst verklagen. Nun kann zwar ein Dritter, statt gegen sämtliche Gesellschafter zu klagen, auch die Klage nur gegen den geschäftsführenden Genossen

richten (§ 714 BGB.). In diesem Falle ist aber der Geschäftsführer auch nur der Vertreter der übrigen, wenn ein Gesellschafter seine Forderung geltend macht; denn auch in der Person seines Vertreters könnte sich der klagende Gesellschafter nicht verklagen. Die Lehre des § 736 ist somit die, daß, wenigstens solange die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist, das Gesellschaftsvermögen nur dritten Personen haftet.

Das ganze Ergebnis des § 736 ZPO. lautet somit:

Das Gesellschaftsvermögen haftet während des Bestehens der Gesellschaft nur dritten Personen und diesen nur für Gesamtschulden der Gesellschafter, ohne Rücksicht darauf, ob diese Gesamtschulden mit der Gesellschaft in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen oder nicht.

§ 733 des BGB.

Nach der Erörterung des § 736 ZPO. bleibt noch ein Eingehen auf § 733 BGB. übrig, um zur genauen Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschulden zu gelangen.

§ 733 steht im Abschnitt über die Auseinandersetzung der Gesellschaft, die mit § 730 beginnt: „nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt". Es ist somit vor allem daran festzuhalten, daß § 733 eine andere Zeit im Leben der Gesellschaft behandelt als § 733 ZPO. § 733 ZPO. kommt zur Anwendung zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft, § 733 BGB. erst nachdem die Gesellschaft ihre Auflösung beschlossen hat und nur zum Zweck der Abwicklung weiterbesteht.

„Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluß derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften" (§ 733 BGB.).

Dieser Paragraph behandelt sonach zwei Kategorien von Schulden:

1. Die gemeinschaftlichen Schulden und

2. die Schulden, für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter haften.

Bei den ad 1 genannten Schulden kommt wiederum die Frage zur Beantwortung: sind unter den gemeinschaftlichen Schulden alle Schulden verstanden, für welche sämtliche Gesellschafter haften, oder nur diejenigen, welche in das Bereich der Gesellschaftssphäre gehören? Der Wortlaut des Gesetzes läßt, wie dies auch von wenigen Schriftstellern geschieht, die zuerst genannte Auslegung zu.[1]) Eine nähere Darlegung wird hier das Fehlerhafte dieser Ansicht zeigen.

§ 731 sagt ausdrücklich, daß der ganze Vorgang der Auseinandersetzung dem Belieben der Gesellschafter freigegeben sei und die gesetzlichen Bestimmungen nur für den Fall Platz greifen sollen, daß die Gesellschafter von ihrer Dispositionsbefugnis keinen Gebrauch machen. Diese Freiheit der Gesellschafter in diesem Punkt hängt damit zusammen, daß die Auseinandersetzung Dritte nicht berührt, sondern lediglich ein interner Akt unter den Gesellschaftern ist.

Würde nun im Gesetze ausgesprochen sein, alle Schulden seien bei der Auseinandersetzung ohne Rücksicht, ob sie im Betriebe der Gesellschaft entstanden oder nicht, gleichmäßig zu tilgen, so könnten die Gesellschafter trotzdem jederzeit durch die Möglichkeit der freien Disposition von diesem Modus abgehen und die nichtgesellschaftlichen Schulden von der Berichtigung aus dem Gesellschaftsvermögen vorerst fernhalten. Die Vorschrift im Gesetze hätte dann überhaupt nur theoretischen Wert; denn die Gesellschafter würden in den allermeisten Fällen von ihrer Befugnis Gebrauch machen, um die sie

---

[1]) Matthiaß I S. 632 und Ehrenberg S. 232.

schädigende Art der Auseinandersetzung hintanzuhalten. Es besteht auch kein hinreichender Grund, eine derartige Auslegung vorzunehmen. Die ganze Konstruktion der Gesellschaft beruht darauf, daß das für die Gesellschaft abgesonderte Vermögen nur dieser diene, also nur für solche Schulden hafte, welche in die Gesellschaftssphäre fallen. Die gegenteilige Regelung in § 736 ZPO. darf zur Analogie nicht herangezogen werden, da sie eine Ausnahme in dem sonst für die Gesellschaft festgehaltenen Prinzip darstellt. Dazu kommt der wesentliche Unterschied, daß § 736 ZPO. ohne weiteres angewendet werden muß, während § 733 BGB. erst in Ermanglung anderweitiger Bestimmung durch die Gesellschafter zur Geltung kommt. Die Ansicht Matthiaß', die auch von Ehrenberg vertreten wird, daß die Gesellschafter untereinander auf Berichtigung sämtlicher Solidarschulden, gleichgültig, ob der Gesellschaftssphäre zugehörig oder nicht, Anspruch hätten, ist deswegen nicht haltbar, weil damit eine Begünstigung einzelner Gesellschafter zuungunsten der übrigen verbunden ist. Es sind die einzelnen Gesellschafter nicht immer an den gemeinschaftlichen Schulden im gleichen Verhältnis beteiligt, wie am Gewinn und Verlust der Gesellschaft. Ihr Verlust könnte sich demnach zugunsten eines oder mehrerer Gesellschafter erhöhen, wenn sie an der Solidarschuld mit einer geringeren Quote beteiligt sind, als am Gewinn oder Verlust der Gesellschaft. Diese Art der Auseinandersetzung würde somit nicht allen gleichmäßig gerecht werden.

Im Gegensatz zu § 736 ZPO. ist beim internen Akt der Auseinandersetzung ein Unterschied zwischen Gesamtschuld und Teilobligationen nicht gemacht, wie § 733 BGB. ausdrücklich angibt.

Die zweite in § 733 BGB. erwähnte Schuldart, diejenigen Schulden, für welche einem Gesellschafter die übrigen haften, kann für die Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld keine

Anhaltspunkte bringen. Die Erörterung zu § 736 ZPO. hat bereits ergeben, daß nur einem Dritten Gesellschaftsschulden zustehen können, diese Schuldart ist somit eine Gesellschaftsschuld im eigentlichen Sinne nicht. Eine Berichtigung dieser Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen kann während des Bestehens der Gesellschaft nicht gefordert werden. Trotzdem wird diese Schuld, da sie sehr häufig aus einer eigentlichen Gesellschaftsschuld entstanden ist und mit einer solchen große Ähnlichkeiten hat, neben ihr zu behandeln sein.

Es verdient noch hervorgehoben zu werden, daß ein dritter Gläubiger auch bei Auseinandersetzung, also nachdem die Auflösung der Gesellschaft schon beschlossen ist, noch nach § 736 ZPO. vorgehen kann; denn auch während der Abwicklung gilt die Gesellschaft zum Zweck der Auseinandersetzung als fortbestehend (§ 730 Abs. 2 BGB.).

Ergebnis
der Erörterung über § 736 ZPO. und § 733 BGB.

Es läßt sich nach diesen Darlegungen die Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld folgendermaßen fassen:

Gesellschaftsschuld ist eine Schuld, die sämtliche Gesellschafter belastet und deren Berichtigung aus dem Gesellschaftsvermögen gefordert werden kann.

Erste Voraussetzung ist sonach die Haftung des Gesellschaftsvermögens; dabei ist sofort zu bemerken, daß nicht immer eine Gesellschaftsschuld vorliegen muß, wenn das Gesellschaftsvermögen für eine Schuld haftet. Eine zweite Voraussetzung für die Gesellschaftsschuld ist: Belastung sämtlicher Gesellschafter. Es ist deshalb einleuchtend, eine Gesellschaftsschuld ist nur gegeben, wenn auf der einen Seite die Summe aller Gesellschafter als Schuldner, auf der anderen ein Dritter als Gläubiger steht. Es scheiden somit, wie schon erwähnt,

aus den Gesellschaftsschulden alle die Schulden aus, bei denen ein Gesellschafter den übrigen gegenübersteht.

Die Haftung des Gesellschaftsvermögens erleidet in ihrem Umfang eine Änderung, je nachdem man es mit einer Außen- oder Innengesellschaft zu tun hat. Als Außengesellschaft ist hierbei die Gesellschaft im Verhältnis zu dritten Personen, also nach außen hin, als Innengesellschaft die Gesellschaft im Verhältnis zu den Gesellschaftern untereinander bezeichnet. Nach außen hin haftet das Gesellschaftsvermögen für alle Schulden ohne Rücksicht, ob sie im Betrieb der Gesellschaft entstanden sind oder nicht. Nach innen bei der Auseinandersetzung kommen nur Schulden in Betracht, welche der Gesellschaftssphäre angehören.

Eine Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld gibt Cosack[1]) und Dernburg,[2]) neuerdings Kober in v. Staudingers[3]) Komm. und Müller.[4]) Cosack hält sich offenbar auch hier an die bei Auslegung von § 736 ZPO. versuchte Interpretation, daß das Urteil gegen die Gesellschafter als solche gehen müsse. Eine Verbindlichkeit, für welche nur einzelne der Gesellschafter oder für welche zwar sämtliche Gesellschafter, aber ohne Rücksicht auf das sie verknüpfende gesellschaftliche Band haftbar sind, ist nach Cosack keine Gesellschaftsschuld.

Man sieht hieraus die einschränkende Auslegung des § 736 ZPO. Cosack sucht eben im Gefühl, daß der Gesetzgeber eine Inkonsequenz begangen habe, einen Ausweg, doch ist es nicht angängig, dem Text des Gesetzes im Interesse eines Endzweckes Gewalt anzutun. Die Definition Cosacks

---

[1]) Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. II S. 367.
[2]) Dernburg S. 547.
[3]) Staudinger S. 628.
[4]) Müller, Oskar, Haftung der Gesellschafter S. 14.

ist zwar bedeutend einfacher als die bei Beginn dieses Abschnitts versuchte, aber sie widerspricht den bestehenden Gesetzesbestimmungen.

Dernburg geht bei der Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld von § 51 KO. aus und sieht im § 733 BGB. nur eine andere Formulierung dieses Paragraphs der Konkursordnung.

§ 51 der KO. reicht aber deswegen zur Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld nicht aus, weil er sich nur mit dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander beschäftigt. Die Außengesellschaft wird von ihm nicht erwähnt.

Kober und Müller schließen sich im wesentlichen an die Cosacksche Definition an. Namentlich ist im Staudingerschen Kommentar wieder die Dreiteilung eingehalten, die schon Cosack[1]) getroffen hat. Es sind hier wie dort drei Schuldgattungen unterschieden, reine Gesellschaftsschulden, reine Privatschulden und solche, welche zugleich Gesellschaftsschulden und Privatschulden. Durch Bestehen dieser 3. Kategorie ist eigentlich schon festgestellt, daß die Begriffsbestimmung für Gesellschaftsschulden versagt, es ist eben eine genaue Trennung zwischen Privat- und Gesellschaftsschulden nicht vorgenommen.

Die Müllersche Definition versteht unter einer Gesellschaftsschuld eine Verbindlichkeit, welche die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, aber auch gerade in dieser Eigenschaft als Gesellschafter trifft. Seine weiteren Zusätze zeigen, daß seine Auffassung im großen mit der Cosackschen sich deckt.

Schließlich kann man auch sagen, Schollmeyer[2]) gibt eine kurze Definition, wenn er sagt: Gesellschaftsschulden, d. h. Schulden innerhalb der Gesellschaftsangelegenheiten. Diese Begriffsbestimmung läßt sich aber nicht aufrechterhalten, sobald

---

[1]) Cosack S. 368.

[2]) Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 152.

man die Haftung des Gesellschaftsvermögens in den Vordergrund rückt, weil § 736 ZPO. eben auch Schulden anderer Art umfaßt.

2. Nach Handelsrecht.

Die offene Handelsgesellschaft.

Im Anfang der Abhandlung wurde darauf hingewiesen, daß die Gesellschaftsschulden nach Handelsrecht an der wichtigsten im Handelsgesetzbuch dargestellten Gesellschaftsform, der offenen Handelsgesellschaft, erläutert werden sollen.

Es war daher notwendig, auf das Gebilde der offenen Handelsgesellschaft das Augenmerk zu richten, wenn auch bei diesem Thema eine Abhandlung über den Charakter der offenen Handelsgesellschaft nicht gegeben werden kann.

Über das Wesen der offenen Handelsgesellschaften besteht ein alter Streit, der heute noch nicht befriedigend geschlichtet ist. Es stehen sich Vertreter der Theorie der juristischen Person,[1]) der relativen juristischen Person,[2]) der römischrechtlichen Sozietät[3]) und endlich der Gemeinschaft zur gesamten Hand gegenüber.

Für die Theorie der juristischen Person spricht, daß die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben, insbesondere Eigentum, ins Grundbuch eingetragen werden, Verbindlichkeiten eingehen kann, daß sie endlich selbständig konkursfähig ist. Diese Momente reichen aber nicht aus, von

---

[1]) Die hauptsächlichsten Vertreter sind: Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 13 S. 8. Windscheid, Pand. II § 704 S. 734 u. 735; Eccius in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 32 S. 5; Affolter, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 7; weiter vertreten diese Ansicht Gelbcke, Anschütz, Ladenburg, Thiele, Noest.

[2]) Gareis, HR. § 26; Dahn in seinen handelsrechtl. Vorträgen.

[3]) Laband in der Zeitschr. f. d. ges. HR.

der Natur der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person einen überzeugenden Beweis zu liefern. Vor allem spricht gegen die Annahme der juristischen Person, daß die offene Handelsgesellschaft im Gesetz § 105 HGB. als Gesellschaft bezeichnet wird.[1]) Es fehlt ihr zur juristischen Person ferner die feste Organisation wie sie die Aktiengesellschaft besitzt. Die offene Handelsgesellschaft ist weiter prinzipaliter auf der Individualität ihrer Mitglieder aufgebaut, was dem Wesen der juristischen Person ebenfalls entgegensteht. Die offene Handelsgesellschaft ist jedenfalls nicht schlechthin als juristische Person aufzufassen. Man hat es daher mit der Konstruktion der sogen. relativen juristischen Person versucht. Man hat behauptet, die offene Handelsgesellschaft sei nach außen eine juristische Person, nach innen bloß eine Gemeinschaft.

Der Ausdruck relative juristische Person ist wohl kein glücklicher, denn das Subjekt des Rechtes kann sich nicht, je nachdem man den Standpunkt seiner Betrachtung wählt, ändern.

Als Sozietät im römischrechtlichen Sinne faßt Laband[2]) die offene Handelsgesellschaft auf. Thöl nimmt diese Theorie in verschiedenen Modifikationen an. Für sie spricht die Begründung durch einfachen Vertrag, ferner das Prinzip der Individualität der Mitglieder, auch die persönliche Haftung der Gesellschafter. Da aber die offene Handelsgesellschaft nach der Gesetzbestimmung entweder unter die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht fällt (§ 105 HGB.), und diese die nicht bloß obligatorische Bildung ihrer Mitglieder kennt, so ist die Theorie der römischrechtlichen Sozietät nach neuem Rechte nicht mehr aufrechtzuerhalten. Für die offene Handels-

---

[1]) Nach Staub Aufl. 6 und 7 war damit alles gegen die Natur der offenen Handelsgesellschaft.

[2]) Doch wird in der neuesten Aufl. des Staubschen Komm. diese Auflage selbst wieder eingeschränkt. Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 31 S. 10.

gesellschaft gilt ebenso wie für die Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch das deutschrechtliche Prinzip der gesamten Hand. Der Gesellschaft nach bürgerlichem Rechte gegenüber weist die offene Handelsgesellschaft eine große Reihe von Verschiedenheiten auf, von denen ihre Selbständigkeit und Unabhängigkeit von den Mitgliedern die auffälligsten sind.

Die offene Handelsgesellschaft kann demnach definiert werden:

Die offene Handelsgesellschaft ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, die unabhängig von ihren Mitgliedern im Rechtsleben selbständig auftritt, und bei der die Gesellschafter Gesellschaftsgläubigern gegenüber unbeschränkt haften.

Der letzte Relativsatz war notwendig, um die Handelsgesellschaft von anderen Gesellschaften nach Handelsrecht, wie z. B. der Kommanditgesellschaft, abzugrenzen. Für die offene Handelsgesellschaft sind neben dem Handelsgesetzbuch ergänzend die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Gesellschaft maßgebend. Es gilt also auch hier § 705 BGB.

Zur Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld nach Handelsrecht wird das gleiche Verfahren wie bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft einzuschlagen sein. Wir haben daher auch hier die grundlegenden Paragraphen heranzuziehen. Es sind dies die §§ 124 in seinem zweiten Abs. und 128 HGB. § 124 Abs. 2 hat folgenden Worlaut: „Zur Zwangsvollstreckung ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich."

Dieser Absatz des § 124 behandelt in erster Linie die formale Voraussetzung zur Zwangsvollstreckung und stellt somit das Gegenstück zu § 736 ZPO. dar. Doch greift er ebenso wie § 939 in das materielle Recht ein.

Die offene Handelsgesellschaft besitzt, abweichend von der

Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Parteifähigkeit, sie kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Diese unterschiedliche Stellung bedingt auch einen unterschiedlichen Begriff der Gesellschaftsschuld.

Schon zu Anfang der Erörterung wurde die Gesellschaftsschuld bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft als eine Schuld der Gesellschafter bezeichnet, während bei der offenen Handelsgesellschaft der Ausdruck, Schuld der Gesellschaft, als korrekt gebilligt wurde. Es geht hier nicht an, Gesellschafterschuld und Gesellschaftsschuld einander völlig gleich zu setzen. Auch bei der offenen Handelsgesellschaft haften die Gesellschafter zwar persönlich, doch ist die Begründung eine andere als bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft. Der hier einschlägige § 128 HBG. lautet: „Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeit der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich." Es ist also Voraussetzung zur Haftung der Gesellschafter, daß eine Verbindlichkeit der Gesellschaft vorliegt. Eine Umdrehung des Satzes des § 128 wäre nicht haltbar, denn es liegt nicht immer eine Haftung der Gesellschaft, d. h. des Gesellschaftsvermögens vor, wenn sämtliche Gesellschafter mit einer Schuld belastet sind. Die Gesellschafter müssen für die Gesellschaft, d. h. wenigstens unter dem gemeinschaftlichen Namen (Firma) kontrahiert haben, um die Gesellschaft zu verpflichten. Daß die Summe der Gesellschafter nicht der Gesellschaft gleichsteht, zeigt wiederum § 124 Abs. 2 HGB., wonach zur Zwangsvollstreckung ein gegen die Gesellschaft gerichteter Titel erforderlich ist. Ein Schuldtitel gegen sämtliche Gesellschafter ist somit nicht genügend. Der § 736 der ZPO. ist durch die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs für die offene Handelsgesellschaft ausgeschaltet.

Das Gesellschaftsvermögen ist dem unmittelbaren Zugriff der Privatgläubiger selbst dann entzogen, wenn für die Schuld alle Gesellschafter haften.

Es ergibt sich sonach als Definition der Gesellschaftsschuld: *Gesellschaftsschuld ist nur diejenige Schuld, deren Berichtigung aus dem Gesellschaftsvermögen gefordert werden kann.*

Oder mit anderen Worten: *für die das Gesellschaftsvermögen haftet.*

Es fällt die Begriffsbestimmung bei der handelsrechtlichen Gesellschaft weit einfacher aus als bei der nach Bürgerlichem Gesetzbuch; denn die Belastung sämtlicher Gesellschafter durch die Schuld gehört hier nicht zum Begriff der Gesellschaftsschuld. Aus diesem Grund entfällt auch hier die unterschiedliche Behandlung bei Innen- und Außengesellschaft. Ferner kann die Frage ob die Schuld der Gesellschaftssphäre angehören muß oder nicht, hier gar nicht aufgeworfen werden. Endlich fällt im Unterschied zur bürgerlichrechtlichen Gesellschaft die Einschränkung, daß nur ein Dritter Gesellschaftsgläubiger sein kann, weg. Es besteht keine Veranlassung einen Gesellschafter, der eine Forderung an das Gesellschaftsvermögen zu stellen hat, anders zu behandeln, als einen außenstehenden Dritten.

Neben der offenen Handelsgesellschaft sind die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft wenigstens kurz zu streifen. Die Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld bei der Kommanditgesellschaft ist die gleiche wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Da der Unterschied zwischen den beiden Gesellschaften lediglich im Verhältnis der Gesellschafter untereinander besteht, so ist ein Unterschied in der Behandlung der Gesellschafter nach außen hin nicht gegeben.

Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei der sich jemand am Handelsgewerbe eines andern mit einer in das Vermögen des letzteren übergehenden Vermögenseinlage derart beteiligt, daß er am Gewinn teilnimmt.

Die stille Gesellschaft ist keine Handelsgesellschaft;[1]) sie ist vielmehr eine Gesellschaft nach § 705 des BGB. Nach außen hin kommt nur der das Handelsgewerbe treibende Einzelkaufmann oder die offene Handelsgesellschaft in Betracht. Der außenstehende Dritte hat nur mit diesen Personen zu tun, in ihr Vermögen ist die Einlage des stillen Gesellschafters gelangt. Im Verhältnis des stillen Gesellschafters zu dem Handelsgewerbetreibenden liegt eine Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch vor; nur zwischen diesen Personen können Gesellschaftsschulden eine Rolle spielen. Von einer speziellen Behandlung der Gesellschaftsschuld bei der stillen Gesellschaft war daher abzusehen.

Materiellrechtliche Behandlung der Gesellschaftsschuld.

1. Nach bürgerlichem Recht.

A. Haftung für Gesellschaftsschulden.

Für die Begriffsbestimmung der Gesellschaftsschuld war in erster Linie not, Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Gesellschafter streng auseinanderzuhalten.

Die bisherige Erörterung hat gezeigt, daß die Privatschulden der einzelnen Gesellschafter nichts mit dem Gesellschaftsvermögen zu tun haben, d. h. daß die Gläubiger der Gesellschafter sich nicht unmittelbar an das Gesellschaftsvermögen halten können.

Auf das Gesellschaftsvermögen sind in erster Linie die Gesellschaftsschulden angewiesen.

---

[1]) Staub S. 1099.

Wie verhalten sich aber diese zum Privatvermögen der Gesellschafter? Eine Bestimmung wie §§ 733 BGB., 736 ZPO., die die Haftung des Gesellschaftsvermögens behandelt, findet sich hier nirgends. Man ist daher versucht, anzunehmen, die Gesellschaftsschulden sind auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und belasten in keiner Weise das Privatvermögen der Gesellschafter. Trotz des Fehlens einer ausausdrücklichen Bestimmung wäre diese Annahme total verfehlt. Ebenso wäre es unrichtig, die Bestimmung, die eine Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die offene Handelsgesellschaft vorschreibt, analog für die Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch anzunehmen.

Bei der offenen Handelsgesellschaft war die Bestimmung des § 128 HGB. notwendig, bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wäre sie überflüssig; denn eine Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden muß ohne weiteres eintreten.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ermangelt jeder Selbständigkeit; die Gesellschaftsschulden sind die Schulden der Gesellschafter. Es ist daher nur natürlich, daß die Gesellschafter wie jeder andere Schuldner mit ihrem ganzen Vermögen für ihre Schulden haften. Zu ihrem Gesamtvermögen gehört sowohl das Gesellschaftsvermögen als ihr Privatvermögen. Für Gesellschaftsschulden ist somit bei der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch eine Doppelhaftung, d. h. eine Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen und eine Haftung mit dem Privatvermögen der Gesellschafter gegeben.

Sobald nun die Haftung der beiden Vermögenskomplexe feststeht, kommt als neue Frage zur Beantwortung, in welcher Reihenfolge die beiden Vermögen für die Gesellschaftsschulden haften. Es liegt die Annahme nahe, die Haftung des Privatvermögens komme nur bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens in Frage.

Diese Ansicht wird auch in der Literatur vertreten.

So führt Wildt[1]) aus „es wird in den Intentionen der Gesellschafter liegen, erst nach dem Gesellschaftsvermögen mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden aufzukommen". Er meint, die Subsidiarität ihrer persönlichen Haftung sei schon in der Natur der Sache begründet, indem das dem Gesellschaftszweck gewidmete Separatvermögen bei bei der Berichtigung der in Verfolgung dieses Zweckes gemachten Schulden in erster Linie in Frage komme. Zu seiner Unterstützung kann er allerdings nur den die Auseinandersetzung behandelnden § 735 BGB. heranziehen.

Dieser Hinweis auf § 735 ist unrichtig. § 735 behandelt nicht den Fall der Außengesellschaft, sondern trifft nur Bestimmungen für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Eine Bestimmung, daß sich Gesellschaftsgläubiger zuerst an das Gesellschaftsvermögen halten müßten, wäre ausdrücklich zu treffen gewesen. Eine Beschränkung auf ein bestimmtes Vermögen wäre eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln und somit besonders im Gesetze zu bestimmen.

Dies ist auch die Ansicht der Praxis und der größten Anzahl der Schriftsteller.

Der Gläubiger kann sich an das Gesellschaftsvermögen nur wegen einer Gesamtschuld halten (§ 736 der ZPO.).

Nur bei einer Gesamtschuld besteht eine unmittelbare Haftung der beiden Vermögen, bei einer Teilobligation ist erst die Auseinandersetzung herbeizuführen, um auch das Kapital der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Die Haftung beider Vermögenskomplexe weist somit einen Unterschied auf. Das Privatvermögen haftet immer ohne Unterschied zwischen Gesamt- und Teilobligation, das Gesellschaftsvermögen unmittelbar im ersten Fall.

---

[1]) Wildt S. 20.

§ 735 BGB., der schon Wildt zur Annahme der subsidiären Haftung des Privatvermögens geführt hat, hat Scherer[1]) zu einer merkwürdigen Ansicht verführt. Er nimmt stets anteilsmäßige Haftung bei dem Privatvermögen der Gesellschafter an, deren Höhe durch den Anteil des Gesellschafters am Gewinn und Verlust bestimmt sei. Diese Annahme, die ebenfalls die inneren Beziehungen der Gesellschafter nach außen rückt, verstößt gegen das allgemeine Prinzip, auf dem die bürgerlichrechtliche Gesellschaft aufgebaut ist. Hier ist übersehen, daß die Gesellschafter dem Dritten als gewöhnliche Personenmehrheit gegenübertreten, und daher notwendigerweise die allgemeinen Regeln über die Schuldnermehrheit Platz greifen.

Der Unterschied in der Haftung der beiden Vermögenskomplexe besteht eigentlich nicht im Umfang der Haftung, sondern in der Geltendmachung derselben; die Fälligkeit der anteilsmäßigen Verpflichtung tritt dem Gesellschaftsvermögen gegenüber später ein, als dem Privatvermögen der Gesellschafter gegenüber.

Die Bestimmungen über die gesellschaftlichen und privaten Haftungen können dispositiv geändert werden. Es kann somit die „Doppelhaftung" durch den Willen der Beteiligten Personen Ausnahmen erleiden.

Sämtliche Gesellschafter können ihre Haftung mit ihrem Privatvermögen ausschließen. Es kann aber auch der Fall so liegen, daß nur einzelne von den Gesellschaftern oder auch nur ein einziger die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken. Der gleiche Fall ist anzunehmen, wenn nachträglich einem Gesellschafter die Schuld erlassen wird. Der Sinn einer solchen Abrede kann nur der sein, daß der betreffende Gesellschafter nicht mit seinem Privatvermögen in

[1]) Scherer S. 999.

Anspruch genommen werden soll. Eine Befreiung von der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen würde eine Befreiung sämtlicher Gesellschafter und somit einem Verzicht, die Schuld gegen die Gesellschaft geltend zu machen, gleichkommen.

Die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen muß, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, diesen bekannt gemacht sein. Private Kenntnis der dritten Person wird im Zweifel genügen. Der Dritte muß aber regelmäßig auf die Beschränkung ausdrücklich aufmerksam gemacht sein oder muß sie aus den Umständen entnehmen können und muß mit ihr einverstanden sein. Eine einfache Festsetzung der Beschränkung in den Statuten der Gesellschaft ist jedenfalls von dem Fall der Vollmacht abgesehen, ungenügend.

Die Gesellschaftsschulden, die durch Geschäftsführung ohne Auftrag oder im Falle der ungerechtfertigten Bereicherung entstanden sind, verdienen hier besondere Aufmerksamkeit. Knoke[1]) sagt von ihnen „in diesen beiden Fällen haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen nicht, denn als einzelne sind sie von jenen Tatsachen nicht betroffen." Diese Ansicht leidet an dem Fehler, daß sie die Gesellschaft als ein von den Gesellschaftern unabhängiges rechtliches Wesen auffaßt, ihr eine Art Rechtsfähigkeit beimißt, die sie tatsächlich nicht besitzt. Die Gesellschaft kann niemals „durch die in Betracht kommenden Tatsachen" betroffen werden, sondern immer nur die zur Gesellschaft verbundenen Gesellschafter.

Es kommt bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ebenso wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung darauf an, ob der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend in eine Beschränkung der Haftung eingewilligt hat, andernfalls haften die Gesellschafter wie bei andern Gesellschaftsschulden nach den gesetzlichen Bestimmungen mit ihrem gesamten Vermögen.

Kannte der auftraglose Geschäftsführer bei Vornahme

---

[1]) Knoke S. 41.

seiner Rechtshandlung die von den Gesellschaftern beschlossene Beschränkung ihrer Haftung, so ist anzunehmen, daß er damit einverstanden war und sich für seine durch die Geschäftsführung erworbene Forderung nur an das für den Gesellschaftszweck gebundene Vermögen halten will. Kannte er sie unverschuldeterweise bei der Vornahme der Handlung nicht, so hat diese Änderung der gesetzlichen Haftung für ihn keine beschränkende Kraft. Genau ebenso ist bei der ungerechtfertigten Bereicherung zu entscheiden, ob die Gesellschaft ohne Willen oder mit Willen des Dritten die Leistung erlangt hat und erst nachträglich der zur ungerechtfertigten Bereicherung führende Umstand eingetreten ist. Nur im letzten Fall ist die Haftung beschränkt, weil nur in diesem von einer Einwilligung des Dritten die Rede sein kann.

Da es zulässig ist, durch Vertrag mit dem Dritten die Haftung zu beschränken, so muß es auch erlaubt sein, die Vollmacht des Vertreters dahin einzuschränken, daß er nur den Gesellschafter mit der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen belasten kann. Da das Bürgerliche Gesetzbuch eine Begrenzung der Vollmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters im weitesten Maße kennt, so ist auch diese Beschränkung zulässig.[1])

Bei der Vertretung durch einen Bevollmächtigten oder vertretungsberechtigten Gesellschafter ist insofern der Fall der beschränkten Haftung interessant, als es hier auf das Wissen des Dritten von der Haftungsbeschränkung nicht ankommt. Der Vertreter kann seine Vollmachtsgeber nur insoweit verpflichten, als er hierzu bevollmächtigt ist. Eine Ansicht, die in der Literatur[2]) vertreten wird, geht dahin, daß ein Dritter

---

[1]) Cosack Bd. 2 S. 371; Planck I S. 104 u. II S. 462; Oertmann S. 719.

[2]) Cosack II S. 371.

eine ihm unbekannte Haftungsbeschränkung in der Vollmacht nicht gegen sich gelten lassen müsse. Diese Auffassung ist unrichtig. Allerdings könnte man in dieser in der Vollmacht gegebenen Haftungsbeschränkung eine Beeinträchtigung der Gläubiger erblicken; diese „Beeinträchtigung" hat aber mit der Gesellschaft an und für sich nichts zu schaffen, sie kann überall bei einer Vertretung vorkommen, bei der der Umfang der Vollmacht von vornherein nicht feststeht. Der kontrahierende Dritte muß sich eben, um sich vor Schaden zu bewahren, von dem Umfang der Vollmacht überzeugen, ehe er sich mit dem Bevollmächtigten in das Rechtsgeschäft einläßt.[1])

Ein kleiner Unterschied besteht übrigens doch, ob ein Gesellschafter oder ein Außenstehender als Vertreter für die Gesellschaft handelt. Der Gesellschafter vertritt nur die übrigen Gesellschafter, für sich handelt er in eigener Person, da man nicht behaupten kann, er sei sein eigener Vertreter. Für seine Person muß er somit die Haftungsbeschränkung auf das Privatvermögen ausdrücklich jedesmal zur Geltung bringen, weil im andern Fall die Haftung für die übrigen Gesellschafter zwar auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, er jedoch auch mit seinem Privatvermögen verpflichtet bleibt. Handelt ein Dritter als Vertreter, so kann die Gesellschaft dadurch die Stellung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erlangen, ohne die Bedingungen für diese Gesellschaftsform erfüllt zu haben, denn die Gesellschafter haften ohne weiteres nur mit dem Gesellschaftsvermögen. Dagegen wendet sich z. B. Knoke[2]), er übersieht aber bei seiner Argumentation, daß auch ein Dritter mit der Vertretung der Gesellschaft betraut sein kann. Diese Möglichkeit bringt er bei seinen Be-

---

[1]) Ebenso Müller, Die Haftung der Gesellschafter S. 80; Oertmann S. 719; Staudinger IIb S. 621 zu § 714.

[2]) Knoke S. 80.

weisen niemals vor, obwohl ein triftiger Grund gegen sie nicht sprechen dürfte.

Die Haftungsbestimmungen können von den Gesellschaftern im Interesse der Gesellschaft auch nach anderer Richtung hin abgeändert werden. Sie können nämlich festsetzen, daß das Gesellschaftskapital nur für Schulden, die im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft entstanden sind, haften soll. Diese Haftungsbeschränkung müßte allerdings durch eine Klausel im Urteil auf Verlangen der beklagten Gesellschafter zum Ausdruck gebracht werden, denn bei ihrem Fehlen im Urteil wäre trotz der bestehenden Beschränkung eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auch für Gesamtschulden, die mit der Geschäftssphäre nicht im Zusammenhang stehen, möglich.

Neben den rechtsgeschäftlichen Gesellschaftsschulden kommen auch solche, die ihren Grund in einer unerlaubten Handlung haben, vor. Nach der Begriffsbestimmung zählen auch diese Schulden zu den Gesellschaftsschulden. Regelmäßig sind Schulden wegen unerlaubter Handlungen nur dann Gesellschaftsschulden, wenn alle Gesellschafter die unerlaubte Handlung begangen haben. Die Haftung für Gesellschaftsschulden wegen einer unerlaubten Handlung ist die gleiche wie bei den rechtsgesellschaftlichen Schulden; auch für sie besteht die Doppelhaftung mit dem Gesellschafts- und dem Privatvermögen.

Ist zwischen den durch die unerlaubte Handlung verletzten und den Gesellschaftern generell eine Beschränkung der Haftung vereinbart, so darf man diese Abmachung nicht schlechthin auch für deliktische Schuld gelten lassen. Solche Vereinbarungen sind offenbar nur für Rechtsgeschäfte getroffen. Selbst spezielle Abmachungen, für Deliktsschulden nicht gesetzlich haften zu wollen, d. h. z. B. nur mit dem Gesellschaftsvermögen, dürfte vom Gericht als nichtig angesehen werden, da sie meist gegen die guten Sitten verstoßen (§ 138 BGB.).

Ist die unerlaubte Handlung nicht von allen Gesell-

schaftern, sondern von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter begangen, so haftet die Gesellschaft gemäß § 831 BGB. Es kann also jeder Gesellschafter den Nachweis erbringen, daß er bei Auswahl des Vertreters die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Gelingt nur einem Gesellschafter dieser Nachweis, so sind nicht mehr alle Gesellschafter belastet, es entfällt somit die Gesellschaftsschuld.[1])

Anhangsweise verdient hier noch die bei § 733 BGB. erwähnte Schuldkategorie, diejenige, bei welchen einem Gesellschafter die übrigen Schuldner haften, eine kurze Betrachtung. Diese Schulden sind, trotzdem sie in der ganzen Literatur von den Gesellschaftsschulden nicht geschieden werden, keine Gesellschaftsschulden. Sie entstehen allerdings vielfach aus Gesellschaftsschulden, z. B. durch confusio von Forderung und Schuld in der Person eines Gesellschafters oder auch dadurch, daß ein Gesellschafter allein mit seinem Privatvermögen für die Gesellschaftsschuld herangezogen wird oder auch, daß er für eine Gesellschaftsschuld freiwillig Zahlung leistet. Ist die Gesellschaft aufgelöst, so haftet das Gesellschaftsvermögen für solche Schulden ebenso wie für eigentliche Gesellschaftsschulden; während des Bestehens der Gesellschaft kann eine Berichtigung solcher Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen nicht verlangt werden. Das Privatvermögen der Gesellschafter haftet während des Bestehens der Gesellschaft wie nach Auflösung der Gesellschaft für solche Schulden, ebenso wie für Gesellschaftsschulden. Eine Anzahl Schriftsteller lehnt eine Haftung des Privatvermögens bei dieser Schuldkategorie ab.

Diese Auffassung hat ihren Grund darin, daß man in einer Belastung des Privatvermögens eine Erhöhung der vereinbarten Gesellschaftsbeiträge findet, was mit dem § 707

---

[1]) Z. B. Knoke S. 81; Planck zu § 714; Staudinger zu § 714 S. 621/22.

BGB. in Widerspruch stände. § 707 beschäftigt sich aber gar nicht mit der Privathaftung der Gesellschafter, sondern mit den Leistungen für das Gesellschaftsvermögen. Eine solche Leistung in das Gesellschaftsvermögen liegt aber nicht vor. Die Gesellschafter haften hier mit ihrem Privatvermögen deswegen, weil eben ein Schuldner mit seinem Vermögen für seine Schulden eintreten muß, denn diese Schulden sind persönliche Schulden der übrigen Gesellschafter.

Ausnahmen von der Doppelhaftung können auch bei dieser Schuldkategorie vorkommen. Für sie gilt das nämliche wie für die Haftungsbeschränkung bei den Gesellschaftsschulden. Nur eine Abweichung ist hier anzuführen; ist nämlich die Haftungsbeschränkung im Statut niedergelegt, so muß hier der Gläubiger, da er selbst Gesellschafter ist, sie gegen sich ohne weiteres gelten lassen.

B. Die Aufrechnung.

Bei der materiellrechtlichen Behandlung der Gesellschaftsschulden verdient das Gebiet der Aufrechnung eine eingehende Erörterung.

Dem Gesellschaftsgläubiger steht als berechtigt die Gesellschaft, d. h. alle zur Gesellschaft verbundenen Gesellschafter gegenüber.

Die Gesellschafter können in diesem Fall mit ihrer Forderung aufrechnen. Er bietet somit keine Besonderheit; gleichgültig ist es, ob die Verbindlichkeit Gesamtschuld oder ob sie erst bei der Auseinandersetzung fällige Teilschuld ist, da die Schuldner im Zweifel gemäß § 271 Abs. 2 BGB. auch vor der Fälligkeit leisten dürfen.

Der Gesellschaftsgläubiger kann natürlich mit der Gesellschaftsschuld aufrechnen. Dem Gesellschaftsvermögen gegenüber kann er dies allerdings nur mit einer Gesamtschuld, da eine Teilobligation vor der Auflösung aus dem Gesellschaftsvermögen keine Berichtigung verlangen kann und der Gläubiger

eine Leistung nicht vor Fälligkeit beanspruchen kann. Den einzelnen Gesellschaftern gegenüber kann der Gesellschaftsgläubiger Gesamtschuld oder Teilschuld zur Aufrechnung bringen, da sie ja für die Gesellschaftsschuld mit ihrem Privatvermögen haftet. Klagt der Geschäftsführer, so kann der Gläubiger gegen die Klage seine Forderung gegen jeden Gesellschafter entgegenhalten. Bei Teilobligationen muß er jedem einzelnen Gesellschafter die Aufrechnungserklärung abgeben. Hat ein Gesellschafter seine Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, so kann naturgemäß dem Privatvermögen gegenüber eine Aufrechnung nicht stattfinden.

Nicht ganz so einfach liegt es, wenn dem Gesellschaftsgläubiger nicht die sämtlichen Gesellschafter, sondern nur einer oder mehrere Gesellschafter berechtigt gegenüberstehen.

Die Gesellschaft kann eine Aufrechnung nicht vornehmen. Die Forderung steht nicht ihr, d. h. nicht sämtlichen Gesellschaftern, sondern nur einzelnen Genossen zu. Mit der Forderung einzelner Gesellschafter kann die Gesellschaft nur mit Genehmigung der Berechtigten aufrechnen, da diese Forderungen für sie fremde sind. In der Genehmigung zur Aufrechnung seitens der Gesellschafter darf man wohl eine Übertragung ihrer Forderungen an die Gesellschaft annehmen; die Forderung geht somit in das Gesellschaftsvermögen über. Selbst bei einer Gesamtschuld, die die berechtigten Gesellschafter in ihrer ganzen Höhe doch auch persönlich trifft, ist die Forderung dieser Genossen ohne ihre Genehmigung kein Aufrechnungsobjekt für die Gesellschaft (§ 422 Abs. 2 BGB.).

Der Gesellschaftsgläubiger kann seine Forderung gegen die Gesellschaft dem berechtigten Gesellschafter gegenüber jederzeit zur Aufrechnung bringen, da die Gesellschafter auch persönlich für seine Forderung haften. Bei einer Gesamtschuld ist diese in ihrer ganzen Höhe, bei einer Teilverpflichtung nur die den Gesellschafter treffenden Quote aufrechnungsberechtigt.

Der dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber berechtigte Gesellschafter kann seine Forderung immer gegen die Gesellschaftsschuld aufrechnen, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Gesellschaftsgläubiger eine Gesamtforderung oder nur eine Teilforderung besitzt.

Zum Schluß sei die Aufrechnung noch bei völlig veränderter Gegenüberstellung behandelt. Der Dritte ist hier nicht Gesellschaftsgläubiger, sondern Privatgläubiger eines Gesellschafters und gleichzeitig Schuldner an das Gesellschaftsvermögen.

Der Gesellschafter kann hier mit der Gesellschaftsforderung nicht aufrechnen, da er weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch über einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen oder Rechte verfügen darf (§ 719 BGB.).

Der Privatgläubiger des Gesellschafters kann seine Forderung gegen den Gesellschafter nicht mit seiner Schuld an die Gesellschaft kompensieren. Es fehlt zur Aufrechnungsmöglichkeit an der Identität der Person. Außerdem verbietet diese Aufrechnungsmäßigkeit § 719 Abs. 2 noch ausdrücklich. Diese Bestimmung wiederholt eigentlich nur etwas Selbstverständliches und wäre nicht notwendig gewesen.

Für den gutgläubigen aufrechnenden Schuldner bietet § 720 BGB. ausreichend Schutz, der bestimmt, daß ein Schuldner die Zugehörigkeit einer erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen erst dann gegen sich gelten lassen muß, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt hat.

II. Nach Handelsrecht.

A. Haftung für Gesellschaftsschulden.

Auch hier in erster Linie die Frage, wie verhalten sich die Gesellschaftsschulden zum Privatvermögen der Gesellschafter?

Bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft fanden wir das Ergebnis, Gesellschaftsschulden sind nichts anderes als Schulden sämtlicher Gesellschafter. Da eine Bestimmung über eine Haftungsbeschränkung nicht gegeben war, so mußte angenommen werden, Gesellschaftsschulden können Berichtigung aus dem Gesellschaftsvermögen und aus dem Privatvermögen verlangen. Anders ist die Sachlage bei der offenen Handelsgesellschaft. Hier sind die Gesellschaftsschulden nicht identisch mit den Schulden sämtlicher Gesellschafter, sondern sie sind Schulden eines nach außen hin selbständigen und parteifähigen Gebildes, der offenen Handelsgesellschaft. Es war somit eine Spezialbestimmung zu treffen, um auch eine persönliche Haftung der Gesellschafter festzusetzen. Das Handelsgesetzbuch enthält sie in § 128. Er lautet:

„Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeit der Gesellschaft dem Gläubiger als Gesamtschuldner persönlich."

Es ist bei der Handelsgesellschaft, jedenfalls bei der offenen Handelsgesellschaft, ebenso wie bei der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch somit eine Doppelhaftung gegeben. Die Ansicht, daß die Gesellschaftsschuld die Schuld der offenen Handelsgesellschaft als solcher ist, wird allerdings in der Literatur und Praxis vielfach bestritten. So nimmt Staub[1]) die Gesellschaftsschuld für eine Schuld der Gesellschafter ähnlich wie bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft an, da er die Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft leugnet. Er tritt der Anschauung entgegen, daß die offene Handelsgesellschaft eine juristische oder relativ juristische Person sei, und kommt, da er ihr jede Rechtspersönlichkeit abspricht, zu dem Resultat, daß die offene Handelsgesellschaft eben nur die Verbindung der Gesellschafter zum Betrieb eines Handelsgewerbes sei, und der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht,

[1]) Staub S. 485 m. S. 412 u. 417.

von den im Handelsgesetzbuch gegebenen Bestimmungen abgesehen, vollständig gleichstehen.

Der Staubschen Meinung stehen die Ansichten namentlich Hellwigs[1]) und Gaupp-Steins[2]) entgegen.

Bei dem Abschnitt über die Zwangsvollstreckung wird noch ausführlicher darauf hingewiesen, daß diese Ansicht Staubs, die ja von vielen geteilt wird, nach dem jetzigen Stand des Gesetzes kaum zu halten sein dürfte. Nach der Staubschen Auffassung ist § 128 nur von der Bedeutung, daß er in allen Fällen, in denen eine Gesellschaftsverbindlichkeit gegeben ist, diese zur Solidarschuld erklärt.

Nachdem die Doppelhaftung festgestellt ist, kommt wiederum in Frage, in welcher Reihenfolge Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen für Gesellschaftsschulden haften. Da das Gesetz auch hier keinerlei Bestimmung trifft, so bleibt es dem Gläubiger überlassen, an welches Vermögen er sich zuerst halten will. Er kann sich sogar gleichzeitig an die Gesellschafter persönlich und an das Gesellschaftsvermögen halten. Er kann aber auch, ohne vorher die Gesellschaft belangt zu haben, von den Gesellschaftern, oder auch nur von einem Gesellschafter volle Zahlung verlangen.[3]) Selbst wenn die Gesellschaft in Liquidation getreten ist, ist die Haftung mit dem Privatvermögen nicht subsidiär geworden.[4])

Die einzelnen Gesellschafter sind Gesamtschuldner, für ihr Verhältnis gelten §§ 421—425 BGB.

Eigener Behandlung mußten auch hier die Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung gewürdigt werden. Da § 128 ausdrücklich solidarische Haftung der Gesellschafter für alle Verbindlich-

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 266.
[2]) Gaupp-Stein S. 139.
[3]) ROHG. Bd. 17 S. 288; RG. Bd. 5 S. 53.
[4]) ROHG. Bd. 5 S. 392.

keiten der Gesellschaft vorschreibt, so kann auch hier eine Haftung nach Kopfteilen nicht in Frage kommen.

Für eine unerlaubte Handlung des vertretungsberechtigten Gesellschafters haftet die Gesellschaft, soweit eine solche von ihm in Ausübung seiner Vertretertätigkeit begangen wurde.[1]) Da die offene Handelsgesellschaft für ihn einstehen muß, so müssen auch die Gesellschafter solidarisch für eine solche Schuld haften und können ihre Haftung nicht damit ablehnen, daß sie bei Auswahl des Vertreters die nötige Sorgfalt beobachtet haben.

Wie bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht können die Gesellschafter auch bei der offenen Handelsgesellschaft ihre Haftung beschränken. Im zweiten Absatz des § 128 HGB. heißt es allerdings: eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam. Diese Bestimmung will aber damit nicht sagen, daß eine Beschränkung der solidarischen Haftung der Gesellschafter überhaupt nach außen hin nicht möglich sei, sondern nur, daß die einfache Festsetzung der Beschränkung im Gesellschaftsvertrag gegen Außenstehende eine Wirkung nicht äußere. Es können somit Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern und Außenstehenden getroffen werden, die dahin abzielen, daß diesen Gläubigern z. B. nur das Gesellschaftsvermögen vorweg, und nur bei Unzulänglichkeit der Gesellschaftsmittel die Gesellschafter persönlich haften sollen. Es kann ein Gesellschafter auch vereinbaren, daß er erst nach den übrigen Genossen belangt werden soll.[2]) Dem Charakter als offene Handelsgesellschaft wird durch solche Abmachungen ein Schaden nicht getan, da an der prinzipiellen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nichts geändert wird.

---

[1]) RG. 17 S. 93, 20 S. 190, 32 S. 35; Bolze XIII, 495, 21/553; Makower S. 234.

[2]) Makower S. 250; Cosack, HR. S. 531; ROHG. 15, 18.

Auch einem Gesellschafter können Forderungen gegen das Gesellschaftsvermögen zustehen. Er kann auf grund seines Gesellschaftsverhältnisses, aber auch ohne Zusammenhang damit Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft geworden sein. Ist er es auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses geworden, so sind die Fälle auszuscheiden, in denen der Gesellschafter das Recht auf Zuschreibung an seinem Kapitalkonto besitzt (z. B. der Fall des § 120 HBG. das Recht auf Zuschreibung des Gewinnes oder Zuschreibung der 4 % aus dem Kapitalanteil, wenn die Auszahlung offenbar zum Schaden der Gesellschaft wäre). Hier besteht zwar ein Anspruch an die Gesellschaft, ein persönlicher Anspruch an die Gesellschafter ist nach dem Inhalt der Forderung nicht denkbar.

Es bleiben somit die Fälle, in denen ein Gesellschafter ein Recht auf Zahlung auf Grund des Gesellschaftsrechts hat. Diese Forderung kann unmittelbar auf Gesellschaftsvertrag beruhen, wie die Forderung auf Auszahlung des Gewinnanteils gemäß § 122 HGB., sie kann aber auch durch Hinzutreten eines anderen nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Tatbestandes entstehen (z. B. bei Anspruch für Aufwendungen (§ 110 HGB.) oder bei Ansprüchen auf Grund der Geschäftsführung).

Diese Forderungen sind in beiden Fällen reine Gesellschaftsschulden. Es kann ein Zweifel nicht bestehen, daß auch während des Bestehens der Gesellschaft vom Gesellschafter die ganze Summe verlangt werden kann. Liegt nun eine reine Gesellschaftsschuld vor, so sollte man glauben, die Solidarhaft der Gesellschafter könne angesichts des § 128 HGB. nicht bestritten werden. Doch lehnen die herrschenden Meinungen in Literatur und Praxis in den beiden letztgenannten Fällen überhaupt die persönliche Haftung der Gesellschafter ab. Das Reichsgericht[1]) führt aus, die Forderung sei nur gegen die

[1]) RG. Bd. 31 S. 141, Bd. 59 S. 143.

Gesellschaft reine Gesellschaftsschuld, § 128 HGB. könne nicht zur Anwendung kommen, weil solche Forderungen nur in dem Gesellschaftsverhältnis ihren Grund haben und von § 128 HGB. nicht umfaßt seien.

Man erklärt, diese Gesellschaftsschulden stellen auf der Gegenseite nur Mitgliedsrechte der Gesellschafter dar, für solche habe nur die Gesellschaft aufzukommen, nicht die Gesellschafter. Makower[1]) trennt die beiden Fälle, lehnt im ersten die Privathaftung der Gesellschafter ab, nimmt sie dagegen im zweiten Falle an. Er geht dabei davon aus, daß es wesentlich davon abhänge, ob durch das Vorgehen des berechtigten Gesellschafters die übrigen gezwungen werden, ihre Einlagen zu erhöhen. Im ersten Falle stelle die Einforderung der Ansprüche des Gesellschafters gegen seine Genossen die Forderung einer Einlagenerhöhung dar. Da diese Forderungen des Gesellschafters unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, also wohl voraussehbar waren, und das Gesetz trotzdem die Einlagenerhöhung verbiete, so sei damit die Verfolgung solcher Forderungen vertraglich dahin beschränkt, daß für sie nur die Gesellschaft (nicht die Gesellschafter persönlich) haften wolle.

Im zweiten Fall sei dagegen von der Voraussehbarkeit solcher Forderungen keine Rede, man könne also das Verbot der Einlagenerhöhung hier nicht als vertragliche Beschränkung anerkennen.[2]) Die Beweisführung mit dem Verbot der Einlagenerhöhung ist meines Erachtens irreführend, weil eine Erhöhung der Beiträge gar nicht in Frage kommt. Es handelt sich nur um eine persönliche Schuld der Gesellschafter,

[1]) Makower S. 246.

[2]) Staub verwirft die persönliche Haftung in beiden Fällen, da er annimmt, der Gesellschafter handle gegen seine Pflicht als Mitglied, wenn er das Privatvermögen angreife, weil er die Mitgesellschafter zur Einlagenerhöhung zwinge.

wenngleich dieselbe im Gesellschaftsverhältnis ihren Grund hat, es handelt sich aber nicht um eine Leistung zur Vergrößerung des Gesellschaftskapitals. Es kommt einzig und allein darauf an, ob der berechtigte Gesellschafter Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft geworden ist. Allerdings besteht die Schwierigkeit, welcher Anteil von den Mitgesellschaftern gefordert werden darf. Diese ist aber nicht größer als in dem anderen Fall, indem auch die herrschende Meinung eine persönliche Haftung der Gesellschaft ohne weiteres annimmt.

Es ist dies der Fall, bei dem die Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ohne Beziehung zum Gesellschaftsvertrag entstanden ist. Hier steht der Gesellschafter genau wie ein Fremder der Gesellschaft gegenüber, er kann auch die gleichen Ansprüche wie ein dritter Gläubiger erheben.[1])

Beschränkungen der Haftung bezw. Abänderung der gesetzlichen Haftung, die mit dem außenstehenden Gläubiger vereinbart werden können, dürfen auch mit einem Gesellschafter abgeschlossen werden.

B. Die Aufrechnung.

Es sind hier die gleichen Möglichkeiten wie bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft zu betrachten.

Dem Gesellschaftsgläubiger treten berechtigt gegenüber die Gesellschaft einer oder mehrerer Gesellschafter.

Die Gesellschaft kann gegen Gesellschaftsschulden nur Gesellschaftsforderungen, nicht Privatforderungen ihrer Mitglieder zur Aufrechnung bringen;[2]) denn es fehlt hier an der Gegenseitigkeit. Eine Forderung eines Gesellschaftsmitgliedes ist für die Gesellschaft eine fremde. Sie muß vom Gesell-

[1]) vgl. Cosack, HR. S. 557; Makower S. 247 und Staub neueste Aufl., die zum Unterschied von den früheren den oben vertretenen Standpunkt einnimmt (RG. 36, 63).

[2]) RG. Bd. 11 S. 117.

schafter auf die Gesellschaft übertragen sein, um mit ihr eine Aufrechnung durch die Gesellschaft möglich zu machen. Eine bloße Einwilligung des Gesellschafters ist nicht genügend, der Gläubiger kann trotz der Einwilligung noch mit Recht einwenden, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung der Gesellschaft nicht zustehe.[1])

Bilden dieselben Gesellschafter mehrere offene Handelsgesellschaften, so kann jede Gesellschaft nur die eigenen Forderungen, nicht Forderungen, der anderen Gesellschaften zur Aufrechnung bringen. Der einzelne Gesellschafter darf jederzeit mit seiner Privatforderung gegen die Gesellschaftsschuld aufrechnen, da die Gesellschaftsschuld wegen der persönlichen Haftung für ihn auch eine Privatschuld ist. Mit seiner Aufrechnung erlischt die Verbindlichkeit auch gegen die Gesellschaft; der Gesellschafter kann gemäß § 110 HGB. von der Gesellschaft Ersatz verlangen. Der einzelne Gesellschafter, der von einem Gesellschaftsgläubiger, also auf Grund seiner Haftung für Gesellschaftsschulden belangt wird, kann aber auch etwaige Forderungen der Gesellschaft dem Gläubiger entgegensetzen. Aufrechnen darf er freilich nicht, weil darin eine dem Prinzip der Gesamthand zuwiderlaufende Verfügung eines Gesellschafters über ein Recht der Gesellschaft liegen würde, doch darf er die Befriedigung des Gläubigers mit Hinweis auf die Kompensationsmöglichkeit durch die Gesellschaft verweigern (§ 129 Abs. 3 HGB.).

Eine Forderung eines Mitgesellschafters kann ein Gesellschafter nicht zur Aufrechnung verwenden, denn sie ist für ihn eine fremde Forderung, der Gläubiger darf der Aufrechnung widersprechen.

Stehen dem Gesellschaftsgläubiger mehrere Gesellschafter gegenüber, so bieten sich für ihn wie für die Gesellschafter

[1]) A. M. RG. Bd. 31 S. 81.

die gleichen Aufrechnungsmöglichkeiten wie eben besprochen. Stehen sich Gesellschafter und Privatgläubiger eines Gesellschafters, der zugleich Gesellschaftsschuldner ist, gegenüber, so kann der Gesellschafter nicht einmal im Einverständnis mit sämtlichen Gesellschaftern die Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung bringen, denn er darf mit einer fremden Forderung nicht kompensieren.

Dieser Aufrechnungsfall bietet nur dann Schwierigkeiten, wenn der verklagte Gesellschafter der Vertretungsberechtigte ist. Auch er kann nicht mit der Forderung der Gesellschaft aufrechnen, trotzdem er über die Gesellschaftsforderungen als Vertreter der Gesellschaft verfügen kann. Denn die Gesellschaftsforderung ist eine nicht ihm persönlich zustehende. Der Gläubiger braucht sich sonach diese nicht entgegenhalten zu lassen. Natürlich kann die Gesellschaft, somit vertretungsberechtigte Gesellschafter, die Forderung an den verklagten Gesellschafter, regelmäßig deswegen auch an sich selbst abtreten. Nach der Überweisung der Forderung kann er sie als eigene auch zur Aufrechnung bringen.[1])

Die Gesellschaft braucht sich immer nur Gesellschaftsschulden als Aufrechnungsobjekte entgegenhalten zu lassen, niemals Schulden eines oder mehrerer ihrer Mitglieder. Selbstverständlich ist es ihr erlaubt, auch eine solche Aufrechnung ohne Widerspruch hinzunehmen.

---

[1]) Laband, Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 31 S. 15 und Behrend 176 Anm. 7 kommen wohl zum gleichen Resultat, lassen aber die Aufrechnung auch ohne Überweisungsakt gelten. Die Ansicht Labands hängt damit zusammen, daß er allgemein dem von einem Privatgläubiger belangten Gesellschafter auch die Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung gestattet, wenn die übrigen Gesellschafter damit einverstanden sind.

Die prozeßrechtliche Behandlung der Gesellschaftsschuld.

1. Die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Klage, Einwendungen und Urteil.

Zur erschöpfenden Darstellung der Gesellschaftsschuld gehört noch, sie nach der prozessualen Seite hin zu erörtern. Es soll daher im folgenden die Geltendmachung und Berichtigung der Gesellschaftsschuld näher betrachtet werden. In erster Linie muß hier über die Einklagung der Gesellschaftsschulden gesprochen werden.

Gegen wen ist die Gesellschaftsschuld geltend zu machen, wer ist der richtige Beklagte, ist hier die wichtigste Frage. Man denkt dabei an die beiden Möglichkeiten, die Gesellschaft als solche oder die Gesellschafter zu verklagen. Die Frage hängt mit einer weiteren zusammen: besitzt die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Parteifähigkeit?

Parteifähig ist nach § 50 Abs. 1 ZPO., wer rechtsfähig ist. Eine Rechtsfähigkeit besitzt die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zweifellos nicht. Die Gesetzgebung ist aber selbst von dem Prinzip des § 50 Abs. 1 ZPO. in einigen Fällen abgewichen. Die spätere Erörterung bei der offenen Handelsgesellschaft wird eine solche Ausnahme zeigen; hier interessiert besonders die Abweichung, die für den nichtrechtsfähigen Verein in § 50 Abs. 2 ZPO. getroffen ist. Auf den nichtrechtsfähigen Verein werden nun allerdings nach § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft angewandt, damit sind aber Gesellschaft und nichtrechtsfähiger Verein einander nicht gleichgestellt. Die beiden weisen eine Reihe von Verschiedenheiten auf. Auf die Gesellschaft können des-

wegen Bestimmungen für den nichtrechtsfähigen Verein nicht analog angewandt werden.

Die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft können wegen der vielen Verschiedenheiten nicht einfach für die Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch herübergenommen werden.[1]) Eine besondere Bestimmung, die der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Parteifähigkeit verleiht, findet sich in der Zivilprozeßordnung nicht; man muß daher annehmen, daß der Gesellschaft die passive Parteifähigkeit fehlt.[2])

Eine Klage gegen die Gesellschaft wäre sonach abzuweisen, doch wird diese Folge nicht allgemein zugegeben, man hat die Klage gegen die Gesellschaft verschiedentlich für zulässig erklärt. Zu diesem Resultat ist man nur dadurch gekommen, daß man die Parteifähigkeit in eine materielle und formelle geteilt hat.[3]) Materielle wäre die Fähigkeit, Träger der sich aus dem Prozeß ergebenden Rechte und Pflichten zu sein; formelle die Fähigkeit, in eigenem Namen verklagt zu werden bezw. zu klagen. Diese Teilung ist eine künstliche, die Zivilprozeßordnung gibt für sie keinen Anhaltspunkt.

Auch bei dieser Teilung konnte man der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch nur die formelle Parteifähigkeit zuerkennen; eine materielle war ihr im Hinblick auf § 736 ZPO., der ja zur Zwangsvollstreckung ein Urteil gegen die Gesellschafter verlangt, auf alle Fälle zu versagen.

[1]) Nach Seuffert S. 70 sind die Besonderheiten über Parteifähigkeit nicht nur für die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Gemeinschaft der Besitzer von Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgesprochen, sondern in diesen Vorschriften kommt die allen derartigen Verbänden kraft ihrer Wesenheit anhaftende Parteifähigkeit zur Erscheinung.

[2]) Der gleichen Meinung Gaupp-Stein S. 139; Hellwig S. 200; a. M. Seuffert S. 70; Wildt S. 28ff.

[3]) Wach, Handb. d. deutschen Zivilpr. S. 518.

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Klage immer gegen die Gesellschafter zu richten.

Die Gesellschafter sind wegen ihrer persönlichen Haftung in ihrer doppelten Eigenschaft als verklagt anzusehen. In ihrer Eigenschaft als Gesellschafter sind sie notwendige Streitgenossen, weil ihnen hier nur einheitlich das Bestehen oder Nichtbestehen einer Verpflichtung festgestellt werden kann. Soweit die Privathaftung in Betracht kommt, ist es bei Teilobligationen möglich, daß dem einen Gesellschafter gegenüber eine Verpflichtung angenommen, einem andern gegenüber abgelehnt wird. Es wird auch eine Ansicht vertreten, daß man die Gesellschafter in der doppelten Eigenschaft nicht gleichzeitig verklagen könne, mit der Absicht, sich aus dem Gesellschaftsvermögen zuerst und bei dessen Insuffizienz aus dem Privatvermögen Befriedigung zu verschaffen. Diese Ansicht hängt mit der Anschauung zusammen, daß die Gesellschafter nur subsidiär mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden haften. Diese Auslegung ist im vorhergehenden Teil bereits als unrichtig bekämpft worden.[1])

Im Prozeß kann jeder Gesellschafter der Klage gegen eine Gesellschaftsschuld persönliche Einwendungen entgegensetzen.

Über die Aufrechnung ist im materiellrechtlichen Teil das Nähere schon behandelt.

Statt gegen alle Gesellschafter kann der Gläubiger auch klagend gegen den geschäftsführenden Gesellschafter vorgehen. Dieser ist nach § 714 BGB. der Vertreter der Gesellschaft und hat im Prozesse die Stellung eines Prozeßbevollmächtigten für diese.

Wird der Klage stattgegeben, so ergeht ein Urteil gegen die Gesellschafter. Mit diesem Urteil kann der Gläubiger

---

[1]) Diese Ansicht wird von Wildt S. 29 vertreten.

gegen das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen der Gesellschafter nach Belieben vorgehen. Soweit er aus dem einen Vermögenskomplex gänzlich befriedigt ist, wird natürlich der andere von seinem Zugriff befreit. Hat ein Gesellschafter ein Recht darauf, daß er mit seinem Privatvermögen nicht zur Leistung herangezogen werde, z. B. bei persönlichem Schulderlaß, so muß dennoch das Urteil gegen sämtliche Gesellschafter lauten, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, gegen das Gesellschaftsvermögen vorzugehen. Dem Urteil ist in diesem Fall ein Zusatz beizufügen, der etwa lauten würde: Das Urteil darf nicht gegen das Privatvermögen des Gesellschafters vollstreckt werden, oder wenn sämtliche Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen haften: das Urteil ist nur in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken.[1])

Ist die Klage abgewiesen, so kann der Gläubiger künftighin weder gegen die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit noch gegen einen einzelnen Gesellschafter von neuem klagend vorgehen.

Ist ein Gesellschafter Gläubiger und will er gegen die übrigen Gesellschafter seine Forderung geltend machen, so muß er wohl erst die Auseinandersetzung herbeiführen, um die Fälligkeit seiner Forderung zu bewirken. Vor Auflösung der Gesellschaft dürfte auch eine Klage nach § 256 ZPO. regelmäßig nicht gegeben sein.[2]) Selbstverständlich ist, daß der Gläubiger gegen die übrigen Gesellschafter als seine persönlichen Schuldner auch zur Zeit vor Auflösung der Gesellschaft klagend vorgehen kann. In diesem Falle sind die Beklagten einfache Streitgenossen.

[1]) Knoke S. 91; Weiland S. 80.
[2]) Weiland S. 82.

Zwangsvollstreckung.

In den bisherigen Abschnitten war von dem die Zwangsvollstreckung behandelnden § 736 ZPO. schon so häufig die Rede, daß es sich hier nur noch um eine Zusammenfassung handeln kann.

Wegen Gesellschaftsschulden findet die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen der Gesellschafter statt. Ein Urteil gegen alle Gesellschafter ist erforderlich und genügend. Die Ansicht, daß das Urteil gegen die Gesellschafter in dieser Eigenschaft ergangen sein muß, ist als unrichtig bereits widerlegt worden.

Wegen Teilverpflichtung ist eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen vor Auseinandersetzung nicht zu erreichen, da ein zur Zwangsvollstreckung genügendes Urteil nicht erlangt werden kann. In das Privatvermögen der Gesellschafter ist wegen Gesamtschulden und wegen Teilobligationen die Vollstreckbarkeit zulässig, doch kann nur im ersten Fall die Berichtigung der ganzen Schuld verlangt werden.

Ist ein Gesellschafter selbst Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung betreiben will, so muß man unterscheiden, wann er Gläubiger geworden. Ist er es beispielsweise durch Erbschaft geworden und hatte sein Erblasser bereits einen vollstreckbaren Titel gegen sämtliche Gläubiger erlangt, so besitzt er einen nach § 736 ZPO. genügenden Vollstreckungstitel und kann die Zwangsvollstreckung betreiben. Den übrigen Gesellschaftern bleibt nichts übrig, als sich im Wege des § 767 ZPO. dagegen zu wenden.

Er selbst kann sich einen genügenden Titel zur Zwangsvollstreckung nicht verschaffen und muß bis zur Auseinandersetzung warten, um auch aus dem Gesellschaftsvermögen Berichtigung seiner Forderung zu erlangen.

2. Nach Handelsrecht.

Klage, Einwendungen und Urteil bei Schulden der offenen Handelsgesellschaft.

§ 124 HGB. sagt wörtlich: die offene Handelsgesellschaft kann vor Gericht klagen oder verklagt werden.

Trotzdem ist die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft nichts weniger als unbestritten; sie wird im Gegenteil von der größten Anzahl der Schriftsteller abgelehnt. Das Reichsgericht[1] hat früher die Gesellschafter unter einheitlichem Namen als Partei erklärt, hat aber später die Nebenintervention eines Gesellschafters[2] zugelassen, noch später die Umwandlung der Klage gegen die Gesellschaft in eine gegen einen Gesellschafter als unzulässige Klageänderung erklärt.[3] Allerdings hat sich unser oberster Gerichtshof in anderen Entscheidungen wieder auf seinen ersten Standpunkt gestellt und scheint sie auch jetzt noch zu vertreten.[4] Von den Schriftstellern, die als Partei die zur Gesellschaft verbundenen Gesellschafter erklären, sei vor allem Wach genannt.[5] Er nimmt auch hier eine Zweiteilung der Parteifähigkeit vor und erkennt der offenen Handelsgesellschaft eine formelle Parteifähigkeit zu. Hier liegt die Sache umgekehrt wie bei der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs mußte man sich mit der formellen Parteifähigkeit behelfen, da § 736 ZPO. eine materielle Parteifähigkeit derselben ausschloß, um überhaupt eine Klage gegen die Gesellschaft als solche zuzulassen. Bei der offenen Handelsgesellschaft benützt man diese Teilung, um § 124 HGB.

---

[1] Bd. 3 S. 57, Bd. 5 S. 55, Bd. 17 S. 365.
[2] Bd. 14 S. 20, Bd. 12 S. 369, Bd. 36 S. 139.
[3] Bd. 45 S. 365.
[4] Bd. 32 S. 399, Bd. 35 S. 389; JurW. 1907 S. 313.
[5] Wach, Handb. d. deutschen Zivilpr. I, 523 ff.

einengend zu interpretieren. Was man auf der einen Seite zu wenig tut, tut man auf der andern Seite zu viel. Die ganze Teilung der Parteifähigkeit ist meines Erachtens unberechtigt. Von weiteren Schriftstellern, die die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft eigentlich bestreiten, ist besonders Staub zu erwähnen. Nach seiner Definition sind Prozeßpartei die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft. Gegen diese Ansichten spricht vor allem, daß zur Zwangsvollstreckung ein Titel gegen die Gesellschaft verlangt wird, daß sogar ein Titel gegen sämtliche Gesellschafter zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nicht genügt. § 736 ZPO. ist für die offene Handelsgesellschaft ausgeschaltet. Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titel kann nicht gegen die Gesellschafter vorgegangen werden (§ 129 Abs. 4 HGB.). Die offene Handelsgesellschaft ist eben etwas anderes als die Summe der Gesellschafter.

Die Theorien, die der offenen Handelsgesellschaft die Parteifähigkeit absprechen, dürften gegen die gesetzlichen Bestimmungen nicht mehr haltbar sein. Die Meinung, daß die offene Handelsgesellschaft eigene Parteifähigkeit besitze, wird jetzt auch in der Literatur sehr vielfach vertreten.[1])

Praktisch ist der Unterschied der Theorie über die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht so groß, und tritt hauptsächlich nur bei der Frage der Zeugenvernehmung der Gesellschafter und bei Auflösung der Gesellschaft hervor. Je nach der Anschauung über die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft muß man die Ansicht vertreten, daß die Gesellschafter Parteieide leisten können oder nur als Zeugen vernommen werden. Da zum Parteieid auch nach Ansicht

[1]) Gaupp-Stein S. 139; Hellwig, KV. und A. S. 266; Makower S. 228; Eccius, Zeitschr. für HR. S. 32 ff.; Arend, Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft.

der Anhänger der Theorie, daß Prozeßpartei die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft seien, nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter zugelassen werden, so können die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter im Prozeß nicht gehört werden. Eine Vernehmung dieser Gesellschafter als Zeugen ist nach dieser Ansicht ausgeschlossen, weil sie eben Prozeßpartei sind.

Die offene Handelsgesellschaft wird im Prozeß durch gesetzlichen Vertreter vertreten, als solche kommen die geschäftsführenden vertretungsberechtigten Gesellschafter in Betracht. Sind mehrere solche vertretungsberechtigte Gesellschafter vorhanden, so werden sie im Prozeß als notwendige Streitgenossen behandelt. Werden der Klage gegen die offene Handelsgesellschaft auch die Namen der Gesellschafter oder nur die der vertretungsberechtigten Gesellschafter hinzugesetzt, so ist damit die Klage noch nicht gegen diese genannten Gesellschafter gerichtet.

Der Gesellschaftsgläubiger kann auch statt die Gesellschaft zu verklagen, einen oder mehrere Gesellschafter belangen. Am praktischsten wird der Gläubiger sich gleichzeitig gegen Gesellschaft und Gesellschafter wenden.

Von den Einwendungen ist die wichtigste, die Aufrechnung, schon gehandelt. Es sei nur nochmals darauf hingewiesen, daß nach § 129 HGB. der wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommene Gesellschafter die Befriedigung verweigern kann, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann. Die gleiche Befugnis hat der Gesellschafter, wenn die offene Handelsgesellschaft das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten kann.

Natürlich stehen dem verklagten Gesellschafter alle persönlichen Einwände zu, z. B. daß ihm gestundet sei, daß er persönlich von der Solidarhaft befreit, daß der Anspruch gegen ihn verjährt sei.

Trotzdem der Gläubiger Gesellschaft und Gesellschafter gleichzeitig verklagen darf, ist es doch nicht erlaubt, im Laufe des Prozesses eine Klage gegen die Gesellschaft in eine Klage gegen die Gesellschafter umzuwandeln.[1]) Auch eine Ausdehnung der Klage, die gegen die Gesellschaft erhoben war, auf die Gesellschafter ist eine neue Klage, nicht bloß eine Erweiterung oder Erläuterung der bisherigen, sobald man die selbständige Parteifähigkeit der Gesellschaft annimmt. Eine Klageänderung ist selbstverständlich immer gegeben, wenn behauptet wird, die Gesellschaft selbst sei der vertragschließende Teil gewesen, nachher die Behauptung dahin geändert wird, es seien die Gesellschafter gewesen. Hier liegt eine Änderung des Klagegrundes vor und muß eine Klageänderung angenommen werden, ganz gleichgültig, wie man über die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft denkt.

Den Gesellschaftern kann nach der hier vertretenen Ansicht eine Einrede der Rechtshängigkeit nicht gewährt werden, wenn bereits wegen der gleichen Gesellschaftsschuld die Gesellschaft verklagt wird.[2])

Wird der Klage gegen die Gesellschaft stattgegeben, so ist lediglich damit ausgesprochen, daß der Gläubiger sich aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen kann. Die rechtskräftige Feststellung der Gesellschaftsschuld wirkt in vollem Maße nur der Gesellschaft gegenüber. Der einzelne Gesellschafter muß nur gegen sich gelten lassen, daß eine Gesellschaftsschuld vorliegt; seine persönliche Verpflichtung ist von dieser Feststellung nicht berührt. Er kann ihr gegenüber noch alle persönlichen

---

[1]) Staubs Komm. ist in seiner neuesten Auflage von seiner Ansicht aus berechtigt, zur Zulassung dieser Klageänderung gekommen. Es ist somit eine Inkonsequenz der 6. und 7. Auflage des Staubschen Komm. aufgegeben.

[2]) s. Hellwig, Kl. u. A. S. 277; anderer Meinung Staub S. 491.

Befreiungsgründe vorbringen, lediglich die Einwendungen, die die Gesellschaft gegen die Feststellung der Schuld hätte geltend machen können, sind auch ihm nun versperrt.

Klagt der Gläubiger eine Gesellschaftsschuld gegen einen oder mehrere Gesellschafter ein, so ist die rechtskräftige Verurteilung dieser Gesellschafter ohne Wirkung auf die Gesellschaft. Will der Gläubiger nunmehr aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung erhalten, so muß er gegen die Gesellschaft vorgehen und kann sich nicht auf das Urteil im Prozesse gegen die Gesellschafter berufen.

Ist die Klage gegen die Gesellschaft rechtskräftig abgewiesen, so steht auch jedem Gesellschafter die exceptio rei judicatae zu; denn mit dieser Entscheidung ist für die Gesellschaft und die Gesellschafter rechtskräftig festgestellt, daß eine Gesellschaftsschuld nicht vorhanden ist. Besteht aber die Gesellschaftsschuld nicht, so entfällt auch die Haftung der Gesellschafter (§ 128 HGB). War die Klage gegen einzelne Gesellschafter gerichtet und ist sie rechtskräftig abgewiesen worden, so ist damit nur rechtskräftig festgestellt, daß die einzelnen Gesellschafter von einer Verbindlichkeit frei sind. Das Nichtbestehen der Gesellschaftsschuld steht damit noch nicht fest. Der Gesellschaftsgläubiger kann deshalb trotz des abweisenden Urteils im Prozesse gegen die Gesellschafter von neuem gegen die Gesellschaft klagend vorgehen. Mit der Rechtskraft hängt eng zusammen die Zwangsvollstreckung.

Zwangsvollstreckung.

Im Laufe der Abhandlung sind auch hier die einschlägigen Paragraphen schon behandelt worden, so daß nur noch eine kurze Zusammenstellung nötig sein wird.

Ist das Urteil gegen die Gesellschaft ergangen, so ist die Zwangsvollstreckung nur in das Gesellschaftsvermögen zulässig (§ 129 Abs. 4 HGB.). Der einzelne Gesellschafter kann der

Vollstreckung eines solchen Urteils in sein Privatvermögen entweder auf Grund § 766 oder § 771 ZPO. widersprechen. Der Grund, warum ein Urteil gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Gesellschafter vollstreckbar ist, ist, wie schon erwähnt, der, daß man dem Gesellschafter seine persönlichen Einwände nicht abschneiden will. § 736 ZPO. ist durch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches für die offene Handelsgesellschaft ausgeschaltet. Will der Gläubiger auch gegen das Privatvermögen der Gesellschafter vorgehen, so muß er eine neue Klage gegen die Gesellschafter erheben. Ist wegen einer Gesellschaftsschuld ein Urteil gegen die Gesellschafter ergangen, so muß der Gläubiger, um in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken zu können, die Gesellschaft von neuem verklagen, denn nur auf diese Weise kann er sich den erforderlichen Titel verschaffen.

So zeigt gerade die Zwangsvollstreckung die Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft[1]) und die Unrichtigkeit des Satzes, daß die offene Handelsgesellschaft nichts weiter bedeute als die sämtlichen Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung.

Die Gesellschaftsschuld im Fall des Konkurses.

I. Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuche kann weder klagen noch verklagt werden. Trotzdem wollen verschiedene Schriftsteller[2]) einen selbständigen Konkurs über das Ver-

[1]) Denkschr. z. HGB. S. 90.

[2]) Cosack, BR. Bd. 2 S. 366; Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 70, 71.

mögen der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch für zulässig erklären. Sie folgern die selbständige Konkursfähigkeit daraus, daß das Gesellschaftsvermögen vorweg für Gesellschaftsschulden hafte. Daß in der Konkursordnung die Gesellschaft nicht als konkursfähig aufgezählt ist, sondern § 209, 213 KO. nur von der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, von den Vereinen usw. spricht, hält sie von ihrer Anschauung nicht ab; im Gegenteil findet z. B. Seuffert darin eine Begründung seiner Ansicht. Auch die aufgezählten Gesellschaften seien keine juristischen Personen, also nicht rechtsfähig, Seuffert glaubt somit den Beweis in Händen zu haben, daß allen Gemeinschaften, bei denen die Gesellschaftsgläubiger vor den persönlichen Gläubigern Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suchen dürfen, die Möglichkeit eines selbständigen Konkurses gewährt ist.

Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden. Die Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch weist zu viele Verschiedenheiten von den in der Konkursordnung aufgezählten Gesellschaften auf. Die Bestimmungen der Konkursordnung sind Ausnahmen von dem allgemein festgehaltenen Prinzip und dürfte es doch wohl nicht angängig sein, aus Besonderheiten allgemeine Schlüsse zu ziehen. Der Wortlaut der Konkursordnung bietet keine Veranlassung, die §§ 209, 213 der KO. so weitgehend auszulegen. Dagegen bildet einen Gegenbeweis gegen die Konkursfähigkeit der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst. In keinem seiner Paragraphen findet sich als Auflösungsgrund der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen angegeben, trotzdem nach § 728 BGB. der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöst.

Da die Gesellschaftsschulden Schulden der Gesellschafter sind, ist ein selbständiger Konkurs über das Gesellschafts-

vermögen im Interesse der Gesellschaftsgläubiger nicht geboten.[1]) Es muß daher angenommen werden, über das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft kann ein Konkurs nicht eröffnet werden.[2])

Der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters hat auf die Gesellschaftsschulden keinen Einfluß; er ist lediglich Auflösungsgrund für die Gesellschaft. Doch kann auch hier durch Statut gemäß § 736 BGB. bestimmt sein, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll.

Auch auf Antrag eines Gesellschaftsgläubigers kann der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters erklärt werden, denn der Gesellschaftsgläubiger ist ein persönlicher Gläubiger jedes Gesellschafters.

Zwischen den in Konkurs geratenen Gesellschaftern und den übrigen muß es zur Auseinandersetzung kommen, die sich außerhalb des Konkurses vollzieht und bei der an Stelle des in Konkurs geratenen Gesellschafters der Konkursverwalter tritt. Mögliche Konkursgläubiger sind beim Konkurs des Gesellschafters: seine Privatgläubiger, die Mitgesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger. Die Gesellschaftsgläubiger können, ohne vorher aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung gesucht zu haben, ihre Forderung im Konkurs anmelden.

Die Mitgesellschafter sind übrigens nur in beschränktem Maße Konkursgläubiger. Sie können nämlich an dem bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft sich ergebenden Anteil

---

[1]) Knoke führt dagegen aus, die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens hätte zur Anerkennung eines selbständigen Konkurses führen sollen.

[2]) Ebenso Jaeger, Konkurs d. offenen Handelsgesellschaft S. 24ff.; Gierke S. 27; Oertmann S. 783; Planck S. 476; Scherer S. 999 und Weiland S. 90; dagegen Seuffert, Cosack und Wildt S. 33.

des Gesellschafters abgesonderte Befriedigung suchen (§ 51 KO.). Konkursgläubiger sind sie nur zu dem Betrage, zu welchem sie auf abgesonderte Befriedigung verzichtet haben oder ausgefallen sind (§ 64 KO.).

Wird über sämtliche Gesellschafter der Konkurs eröffnet, so ist für die Gesellschaftsschuld eine rechtliche Verschiebung ebenso wenig eingetreten wie beim Konkurs *eines* Gesellschafters. Es sind nun eine Reihe von Einzelkonkursen vorhanden; es muß die Auseinandersetzung erfolgen und an Stelle der Gesellschafter tritt der Konkursverwalter in jedem Konkurse.

2. Im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.

De lege lata ist entschieden, daß die offene Handelsgesellschaft konkursfähig ist. § 131 führt als Auflösungsmoment den Konkurs über das Gesellschaftsvermögen an; § 209 ff. der KO. behandeln den selbständigen Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.

De lege ferenda hätte die gleiche Streitfrage wie bei der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch aufgeworfen werden können, da die offene Handelsgesellschaft nicht rechtsfähig ist.

Bilden dieselben Gesellschafter mehrere offene Handelsgesellschaften, so führt § 209 KO. zweifellos dahin, daß mehrere Konkursverfahren möglich sind.[1])

Die Voraussetzung des Gesellschaftskonkurses ist Zahlungsunfähigkeit; Überschuldung ist kein Konkursgrund.

Zahlungsunfähigkeit, meist sich in der Zahlungseinstellung zeigend, ist die Unmöglichkeit der Gesellschaft, mit den Gesellschaftsmitteln die fälligen Gesellschaftsschulden zu berichtigen.

[1]) A. M. Adler S. 111 ff.

Doch darf es sich nicht bloß um eine vorübergehende Unmöglichkeit handeln.

Es ist selbstverständlich, daß ein Gesellschaftskonkurs auch bei Zahlungsfähigkeit der einzelnen Gesellschafter denkbar ist.

Formelle Voraussetzung zur Konkurseröffnung ist Antragstellung. Zu dieser ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt (§ 210 KO.). Konkursgericht ist dasjenige Amtsgericht, in dessen Sprengel die offene Handelsgesellschaft ihren Sitz hat. Mit dem Konkurseröffnungsbeschluß ist die Gesellschaft gemäß § 131 Ziff. 3 HGB. aufgelöst. Das Gesellschaftsvermögen geht in den Besitz und die Verwaltung des Konkursverwalters über.

Gegenüber den ausdrücklichen Bestimmungen kann selbständige Konkursfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht bestritten werden, dagegen ist eine Streitfrage, wer im Gesellschaftskonkurs Gemeinschuldner ist. Die einen sehen als Gemeinschuldner die Gesellschafter, die anderen die Gesellschaft an, die erstere Ansicht wird namentlich von denjenigen Schriftstellern verfochten, welche auch die Gesellschafter als Partei im Prozeß erklären.

Hier wurde zwar die Anschauung vertreten, daß die offene Handelsgesellschaft als solche Partei sei, trotzdem muß die Ansicht, daß die Gesellschafter die Gemeinschuldnerrolle hätten, als richtig anerkannt werden; die allgemeinen Vorschriften der Konkursordnung über die Gemeinschuldner zeigen dies deutlich, ebenso wie die Bestimmungen beim Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Es besteht auch kein zwingender Grund, daß Parteirolle und Konkurs Gemeinschuldnerschaft sich decken müssen.[1])

[1]) Jaeger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 67 ff.; Komm. S. 832; Meyer, KO. § 209 Anm. 3; a. M. Wolff, KO. S. 427.

Die Gesellschaftsgläubiger sind die Konkursgläubiger der offenen Handelsgesellschaft, sofern sie einen bei Konkursbeginn begründeten und im Konkurs verfolgbaren Anspruch haben. Die Privatgläubiger der Gesellschafter nehmen am Konkurs der Gesellschaft nicht teil. Konkursgläubiger kann auch ein Gesellschafter selbst sein, auch wegen Ansprüchen, die ihm wegen Ersatz für Aufwendungen usw. zustehen. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen wird an der solidarischen Haftung der Gesellschafter nichts geändert; die frühere Bestimmung des Handelsgesetzbuches ist jetzt gestrichen.

Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft zieht die Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich nicht nach sich. Ist aber aus allgemeinen Gründen über das Privatvermögen eines Gesellschafters ebenfalls der Konkurs erklärt, so tritt in der solidarischen Haftung des Gesellschafters eine Änderung ein. Die Gesellschaftsgläubiger nehmen am Konkurse des Gesellschafters teil und stehen seinen Privatgläubigern vollständig gleich; doch beschränkt sich die Zahlungspflicht der Privatkonkursmasse für Gesellschaftsschulden auf den Ausfallsbetrag. Ausbezahlt werden somit nur die auf den festgestellten Ausfallsbetrag treffenden Dividenden[1]) (§ 212 der KO.).

Als Gemeinschuldner hat jeder Gesellschafter im Gesellschaftskonkurs das Bestreitungsrecht. Bestreitet er die Gesellschaftsschuld, so sind ihm nicht nur die persönlichen Einreden gewahrt, sondern er kann alle auch der Gesellschaft zustehenden

---

[1]) Jaeger, Komm. S. 842; Seuffert S. 45; a. M. Kohler, Leitfaden S. 198, der auch im Privatkonkurs wieder für den vollen Betrag Dividenden ausschütten läßt und § 212 dahin deutet, daß ein Gesellschaftsgläubiger nur höchstens seine volle Forderung erhalten darf, womit dieser Paragraph als selbstverständlich ohne Berechtigung wäre.

Einwände noch vorbringen; in diesem Falle ist allen Gesellschaftern gegenüber die Gesellschaftsschuld noch nicht festgestellt. Wird die Gesellschaftsschuld auch von keinem Gesellschafter bestritten, so ist sie nicht nur der Masse, sondern jedem Gesellschafter gegenüber festgestellt. Der Gesellschafter darf allerdings immer noch gegen die Gesellschaftsschuld persönliche Einreden vorbringen. Soll der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet werden, so ist notwendig, daß alle Gesellschafter den Vorschlag zum Zwangsvergleich vorbringen. Der Zwangsvergleich, der regelmäßig die Haftung des Gesellschaftsvermögens auf eine bestimmte Quote festsetzt, begrenzt auch die Haftung der Gesellschafter (§ 211 der KO.). Doch läßt das Gesetz zu, daß die Gesellschafter oder einzelne von ihnen vereinbaren, daß sie über die im Zwangsvergleich festgesetzte Quote hinaus mit ihrem Privatvermögen haften wollen.

Die Veränderungen im Mitgliederbestand der Gesellschaft.

1. Die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche hält an dem römischen Prinzip der Individualität ihrer Mitglieder fest. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält die Bestimmung, daß die Gesellschaft durch das Ausscheiden eines Mitgliedes aufgelöst wird. Es läßt aber auch Abweichungen von dem festgehaltenen Prinzip zu. In den Statuten einer Gesellschaft kann vereinbart sein, daß bei Ausscheiden eines Mitgliedes die Gesellschaft mit den übrigen fortgesetzt werden soll.

Durch den Tod eines Mitgliedes muß naturgemäß ein Ausscheiden erfolgen. Würde nun die Auflösung der Gesellschaft zwingend sein, so wären sehr häufig die Interessen der Gesellschafter schwer geschädigt. Es ist deshalb zugelassen, daß die Erben an Stelle des Gesellschafters treten; ein besonderer Beitritt wird nicht als notwendig angesehen.[1]) Mehrere Erben treten als Personengesamtheit an die Stelle des Erblassers; es können einzelne der Miterben unter Anwachsung ihres Anteils auf die übrigen Erben ausscheiden.

Da der Erbe Gesellschafter wird, haftet er auch für Gesellschaftsschulden, die nach seinem Eintritt entstehen, mit dem Gesellschafts- und Privatvermögen. Für die bis zu seinem Eintritt entstandenen Gesellschaftsschulden haftet er mit dem Gesellschaftsvermögen. Die Einreden aus dem Erbverhältnis kann er hier nicht vorbringen, denn der Grund, den der Erbe diesen Einreden zu verdanken hat, nämlich ihm Zeit zu geben, einen Überblick über die Nachlaßverhältnisse zu gewinnen, fällt hier weg. Die Gewährung der Einreden würde nur die übrigen Gesellschafter schädigen. Der Erbe haftet aber auch für die Gesellschaftsschulden vor seinem Eintritt mit seinem Privatvermögen wie für andere Nachlaßverbindlichkeiten, wenn sein Erblasser mit seinem Privatvermögen für sie haftete.

Abgesehen vom Todesfall kommt ein Ausscheiden eines Mitgliedes durch Kündigung oder Ausschließung vor. Auch in diesen Fällen kann die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden, wenn dies vereinbart war. Dem Ausscheidenden gegenüber wird angenommen, daß die Gesellschaft aufgelöst und eine Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern stattgefunden habe. Die Folge dieser Fiktion ist, daß die dem Ausscheidenden gegen die übrigen Gesellschafter zu-

[1]) Knoke S. 124; Behrend I S. 584; Weiland S. 92.

stehenden Forderungen jetzt fällig werden. Die gemeinschaftlichen Schulden, d. h. die Gesellschaftsschulden, sind soweit sie fällig sind, zu berichtigen; soweit sie noch nicht fällig sind, ist dem ausscheidenden Gesellschafter Sicherheit zu leisten, für den Fall, daß er von einem Gläubiger zur Zahlung dieser Gesellschaftsschulden herangezogen werden sollte. Soweit der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet war, wie dies regelmäßig der Fall ist, bleibt seine Haftung bestehen.

Scheidet ein Gesellschafter während des Prozesses aus, so geht dieser Prozeß gegen die übrigen Gesellschafter weiter, das Urteil gegen sie, die nunmehr „alle Gesellschafter" sind, ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen genügend. Der Prozeß geht gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter, soweit er persönlich in Anspruch genommen werden soll, ebenfalls weiter. Nur in dem Fall, daß ein Geschäftsführer als Vertreter der Gesellschaft verklagt war, muß unter Umständen der Prozeß gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter unterbrochen werden, weil mit seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft auch die Vollmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters für ihn endigt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt zwar trotz des Prinzips der Individualität der Gesellschafter ein Ausscheiden von Gesellschaftern zu, ein Neueintreten von Mitgliedern in die alte Gesellschaft ist dagegen nicht gestattet. Durch das Eintreten neuer Gesellschafter entsteht eine neue Gesellschaft; die alte Gesellschaft muß zur Auseinandersetzung schreiten.

Auch eine Übertragung der Mitgliedschaft auf einen Dritten ist selbst mit Einwilligung der Gesellschafter nicht zulässig.

2. Die offene Handelsgesellschaft.

Die offene Handelsgesellschaft kennt als Gesellschaft ebenfalls das Prinzip der Individualität der Mitglieder. Sie läßt aber Abweichungen weiter zu als die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, denn sie gestattet auch die Neuaufnahme von Mitgliedern in die alte Gesellschaft. § 130 HGB. setzt die Zulässigkeit dieser Neuaufnahme voraus.

Bei der offenen Handelsgesellschaft kommt ein Ausscheiden eines Mitglieds auch dann vor, wenn ein Privatgläubiger eines Gesellschafters gemäß § 135 HGB. die Gesellschaft kündigt. Auch in diesem Falle können die übrigen Gesellschafter nach § 141 HGB. die Gesellschaft fortsetzen. Die Ausschließung eines Mitglieds kann bei der offenen Handelsgesellschaft im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuche durch das Gericht ausgesprochen werden. Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den übrig bleibenden Gesellschaftern findet nur statt, wenn sie im Gesellschaftsvertrag schon festgesetzt war. Doch können die Gesellschafter die Gesellschaft, die schon aufgelöst ist, noch durch Beschluß fortsetzen. Der Beschluß über Fortsetzung der Gesellschaft ist sogar dann noch möglich, wenn das Ausscheiden des Gesellschafters bedingende Ereignis schon eingetreten ist. Dies ist im § 141 HGB. für die Fälle, in denen ein Privatgläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft kündigt, und in denjenigen, in denen Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters erklärt worden ist.

Beim Tode eines Gesellschafters kommt noch eine im Handelsgesetzbuch getroffene Spezialbestimmung zur Anwendung. Hier kann der Erbe statt als persönlicher Gesellschafter auch als Kommanditist eintreten (§ 139 HGB). Die Gesellschaftsschulden werden in materieller Beziehung von dem Ausscheiden oder Eintreten eines Gesellschafters nicht berührt.

Das Gesellschaftsvermögen haftet uneingeschränkt weiter, aber auch die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters bleibt bestehen. Der Eintretende haftet für die bis zu seinem Eintritt entstandenen Schulden den Gläubigern auch mit seinem Privatvermögen; der Ausscheidende haftet ihnen für die bis zu seinem Austritt entstandenen Schulden ebenfalls weiter persönlich.

Mit dem ausscheidenden Gesellschafter findet eine Auseinandersetzung statt; es wird ihm gegenüber die Auflösung der Gesellschaft fingiert. § 738 BGB. kommt auch hier zur Anwendung.

Im Prozeß hat das Ausscheiden eines Gesellschafters deswegen keine Bedeutung, weil die Gesellschaft als solche verklagt werden kann. Die Rechtskraftwirkung, die dem Gesellschafter bei einem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteil wirksam ist, gilt auch für den ausgeschiedenen Gesellschafter, wenn er nur für die Forderung noch persönlich haftet.[1]) Von einer Rechtshängigkeit für den Gesellschafter darf allerdings nicht gesprochen werden, da ja nach der hier vertretenen Ansicht die offene Handelsgesellschaft selbständige Partei ist.

Tritt ein Gesellschafter während des Prozesses in die Handelsgesellschaft ein, so muß er die Rechtskraft des in diesem Prozeß ergangenen Urteils auch gegen sich wirken lassen (§ 130 HGB.).

Da der Zwangsvergleich im Konkurs Einfluß auf die Solidarhaft der Gesellschafter ausübe (§ 211 KO.), so ist noch zu erörtern, ob § 211 Abs. 2 KO. auch auf den zurzeit der Konkurseröffnung bereits ausgeschiedenen Gesellschafter Anwen-

[1]) Behrend § 74 Anm. 10; a. M. Staub, der unterscheidet, ob der Gesellschafter nach dem Prozeß bei Beginn desselben oder während desselben ausgeschieden ist, da er je nachdem die Rechtshängigkeit gegen ihn annimmt.

dung finden kann. Der ausgeschiedene Gesellschafter ist nicht mehr Gemeinschuldner im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Er bleibt aber nach § 128 HGB. für die Schuld persönlich verhaftet und zwar in der ganzen Höhe, weil der Zwangsvergleich nur für die Gemeinschuldner gelten kann. Er ist allerdings dadurch den anderen Gesellschaftern gegenüber geschädigt, daß er trotz des Zwangsvergleichs noch für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden darf, während er bei seinem Ersatzanspruch gegen die Gesellschafter oder die Gesellschaft auf die Zwangsvergleichsquote beschränkt ist. Er steht aber hier nicht schlechter als wie ein anderer Mitschuldner.

Im übrigen kommen für die Gesellschaftsschulden Veränderungen im Mitgliederbestand nicht mehr in Betracht.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.